Zur Geschichte und heutigen Gestaltung des Eigentums am öffentlichen Weg

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M.

eingereicht von

Wilhelm Abresch

Gerichtsreferendar aus Wissen (Sieg)

Referent: Prof. Dr. v. Unruh

Korreferent: Prof. Dr. Giese

Tag der mündlichen Prüfung: 17. 12. 1938

1939

Verlag M. Dittert & Co., Dresden A 16, Pfotenhauerstraße 28—30.

Inhalt.

Einleitung

In dem großen Umwandlungsprozeß, in dem sich das gesamte deutsche Recht heute befindet, ist es von Wichtigkeit, ein einzelnes von diesem Umbruch berührtes Rechtsinstitut eingehend zu betrachten, seine derzeitige Lage in der Entwicklung festzustellen und seine neue Gestaltung aus seiner Geschichte, aus den neuen Grundsätzen und aus den praktischen Erfordernissen heraus zu erörtern. Diese Betrachtung ist notwendig, da die großen weltanschaulichen Linien bereits festliegen und es heute vor allem auf die Verwirklichung dieser Grundsätze in konkreten Bestimmungen ankommt.

Als ein solches einzelnes Rechtsinstitut ist hier das Eigentum am öffentlichen Weg gewählt worden. Sein Wesen ist bis heute umstritten, und es harrt noch seiner Kodifizierung in einem Reichswegegesetz. Seine Betrachtung verlohnt sich, denn einerseits hat es im Ganzen der Rechtsordnung eine gewisse Selbständigkeit, und andererseits ist es mit der Gesamtgestaltung aufs engste verknüpft. Alle großen Wandlungen im Rechtsdenken haben sich auch auf das Wegeeigentum ausgewirkt. Es erscheint deshalb wertvoll, die Geschichte dieses Begriffes zu verfolgen und dann zu erörtern, welchen Einfluß die Wandlung im Rechtsdenken unserer Tage auf ihn hat.

Zuvor muß aber das Rechtsverhältnis des öffentlichen Weges in seinen Grundzügen kurz charakterisiert werden. Dabei soll jedoch nicht auf die zahlreichen Probleme des Wegerechts, die neben dem Eigentum noch ihrer Lösung harren, eingegangen werden.

Ein öffentlicher Weg ist ein Weg, der durch Zusammenwirken zwischen Wegeverwaltungsbehörde, Wegeunterhaltspflichtigen und Wegeeigentümern — die Widmung[1]) — dem allgemeinen Verkehr eröffnet worden ist und dieser Zweckbestimmung nicht durch einen privatrechtlichen Akt, sondern nur durch Verfügung der Wegeverwaltungsbehörde — die Einziehung[2]) — wieder entzogen werden kann. Eine besondere Art der öffentlichen Wege sind die beschränkt öffentlichen Wege. Bei ihnen ist die Widmung nur für eine bestimmte Art des öffentlichen Verkehrs, z. B. nur für den Fußgänger- oder nur für den Radfahrerverkehr, erfolgt.[3]) Von den öffentlichen Wegen

---

1) Pr.O.V.G. in ständiger Rechtsprechung z. B. Amtl. Sammlg. 27/400 ff., neuestens 99/130 ff.; ebenso Bay.Ob.Landes-Ger. in Dt.Verw.Bl. 1934/204.

2) In Preußen gem. § 57 Zust.G. vom 1. 8. 1883.

3) Wg.O.f.Westpr. § 2; Wg.O.f.Posen § 2; Wg.O.f.Ostpr. § 2.

sind die Privatwege zu unterscheiden. Soweit auf ihnen ein öffentlicher Verkehr stattfindet, beruht er lediglich auf der privatrechtlichen Gestattung durch den Eigentümer. Die Behörde ist an dieser Gestattung nicht beteiligt, und der Eigentümer kann sie jederzeit selbständig widerrufen.

Die durch die Widmung zum öffentlichen Weg begründete rechtliche Möglichkeit der Benutzung des Wegegrundstückes durch jedermann bezeichnet man als Gemeingebrauch. Eine darüber hinausgehende Benutzung durch Einzelne ist ein vom Gemeingebrauch zu scheidender Sondergebrauch.

Die Sorge für das Wegewesen ist eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung.[4]) Die Wegeverwaltungsbehörden, die im preußischen Recht Wegepolizei genannt werden[5]), sind je nach den Arten der öffentlichen Wege verschieden organisiert. Die Überleitung der Wegeverwaltungen der Länder in eine im ganzen Reich einheitlich gestaltete Straßenverwaltung ist eine Hauptaufgabe der heutigen Wegegesetzgebung.

Von größter praktischer Bedeutung ist die Sorge dafür, daß der öffentliche Weg sich in dem für den Gemeingebrauch erforderlichen Bauzustand befindet. Hier tritt der Wegeunterhaltungspflichtige in Erscheinung. Er hat die Kosten der Unterhaltung und des Ausbaus der Straße zu tragen. Er steht dabei unter der Aufsicht der Wegeverwaltungsbehörde. Die Regelung der Unterhaltungspflicht ist ebenfalls eine vordringliche Aufgabe der heutigen Neuordnung des deutschen Straßenwesens.

Von der Wegeverwaltungsbehörde und von dem Baulastträger ist der Wegeeigentümer begrifflich scharf zu scheiden, wenn auch diese drei Zuständigkeiten in einer Person vereinigt sein können.[6]) Die Probleme, die sich aus der Tatsache ergeben, daß das Wegegrundstück nicht nur unter der öffentlichrechtlichen Herrschaft der Wegeverwaltungsbehörde, sondern auch unter der privatrechtlichen Herrschaft des Eigentümers steht, sollen Gegenstand dieser Arbeit sein. Die praktische Bedeutung dieser Fragen ist neben dem Aufbau einer einheitlichen Reichsstraßenverwaltung, der Verteilung der Wegebaulast und der Regelung des Straßenverkehrs nur gering. Sie müssen jedoch in dem künftigen Reichswegegesetz zweifellos geregelt werden.

4) Vgl. § 55 d. pr. Zust.Ges.

5) a. a. O.

6) z. B. in der Person des pr. Landrats oder des pr. Oberpräsidenten.

I.

Das Eigentum an den öffentlichen Wegen in den germanischen Volksstaaten und im mittelalterlichen Deutschen Reich

In den germanischen Volksstaaten gab es zwei Arten von öffentlichen Wegen: die Landstraßen und die Gemeindewege. Die Lex Burgundionum nennt sie viae publicae und viae vicinales.[1])

Die Gemeindewege dienten dem Verkehr innerhalb einer Siedlung und der dazu gehörigen Feldmark. Sie standen wie der übrige Grund und Boden der Siedlung im Eigentum der Gesamtheit der Bewohner, die gemeinsam das Land in Besitz genommen hatte.[2]) Die Gemeindewege gehörten zur Allmende, die dem Gebraucher aller Markgenossen diente. Dies Interesse der Gesamtheit verhinderte die Begründung von Rechten einzelner an ihnen. An den Gemeindewegen entstand nicht mit der Zeit Sondereigentum[3]), wie an Haus und Hof, die ursprünglich den einzelnen auch nur zur Nutzung zugewiesen worden waren. An ihnen konnte auch nicht durch eine Sonderleistung Sonderrechte erlangt werden, wie z. B. am Allmendwald durch Rodung. Sie blieben genossenschaftliches Gesamteigentum.[4]) Nur die Gesamtheit der Markgenossen konnte über sie verfügen. Die Anteile der einzelnen kamen in den ihnen zustehenden Nutzungsrechten zum Ausdruck. Diese Rechtsstellung hatten die Gemeindewege sowohl in der ländlichen Markgenossenschaft als auch in der städtischen Gemeinde.[5]) Die Rechtslage blieb bis weit in das Mittelalter dieselbe und änderte sich erst mit der Umbildung des genossenschaftlichen Gemeindeverbandes in eine selbständige Rechtsperson.

Die Land- und Heerstraßen, die zumeist von den Römern angelegt worden waren, standen in den germanischen Volksstaaten, wie alles vom Volke in Besitz genommene und nicht den einzelnen Genossen zugeteilte Land, als Allmende im Eigentum der Gesamtheit. Ebenso wie die

---

1) M. G. h. Leg.Sect. I Tom. II S. 64 mit Anm. 3.
2) Gierke D.Pr.R. II S. 445.
3) Vgl. dazu: v. Amira, Grundriß S. 193 f.
4) Vgl. dazu: Hübner, Grundzüge d. Dt.Pr.R. 5. Aufl. S. 251.
5) Vgl. v. Maurer, Städteverfassung II, S. 180 ff.

Gemeindewege erhielten sie ihren rechtlichen Charakter durch ihre „Bestimmung zum Gemeingebrauch und durch das Aufsichtsrecht der Obrigkeit".[6]) Mit der Begründung und Durchsetzung des Königtums gingen alle Rechte, die dem Volke als Gesamtheit zustanden, auf den König über. Damit gelangten die Landstraßen in das Eigentum des Königs. Sie waren viae regiae. Ihre militärische Bedeutung, die sie zur Römerzeit hatten, behielten sie auch in den germanischen Reichen. Die fränkischen Könige benötigten sie als Heerstraßen in alle Teile und an alle Grenzen ihres Reiches.[7]) Sie legten deshalb großen Wert auf ihre Unterhaltung. Die Straßen wurden schon früh in die königliche Verwaltung eingegliedert. Karl der Große machte seine Grafen für ihre Instandhaltung verantwortlich.[8])

Das Recht des Königs an den Heerstraßen war Eigentum in der damaligen Bedeutung des Begriffes. Es war kein abstrakter Begriff eines dinglichen Rechts[9]), sondern es war ein „allgemeines, nicht differenziertes Herrschaftsrecht über Sachen".[10]) Es gab keine Scheidung von Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten. Die Herrschaft, die der einzelne, der Sippenverband, das Volk und dann der König über eine Sache insbesondere den Grund und Boden ausübten, waren stärkere und schwächere Formen desselben Rechts, die nebeneinander bestanden. Dem König stand das oberste Eigentum an dem gesamten an die Volksgenossen verteilten Land zu; das nichtverteilte Land war sein Alleineigentum.[11]) An eine Scheidung von Gebietshoheit und Grundeigentum dachte man nicht.

Wegen der Bedeutung, die die Landstraßen für den König hatten, duldete er keinen untergeordneten Verband oder einen einzelnen Volksgenossen als Eigentümer neben sich. Der König war hier nicht der oberste Eigentümer, sondern Alleineigentümer. Aus dem Interesse, daß er an den Straßen hatte, folgte naturgemäß eine Betonung des „Aufsichtsrechts der Obrigkeit". Das Gebrauchsrecht aller Volksgenossen an den Landstraßen war innerlich dem gleich, das die Markgenossen an der Allmende hatten.[12]) Es erschien aber neben dem Recht des Königs als untergeordnet. Dies konnten die Volksgenossen aber nicht als Schmälerung ihrer Rechte empfinden, da sich dies in der Praxis nicht auswirkte. „Die via regia steht gerade deshalb, weil sie des Königs Eigentum ist, jedermann offen."[13])

---

6) Otto Mayer, D.V.R. II 2. Aufl. S. 78.
7) strata publica = heristraza, Waitz, D.V.G. IV. S. 18.
8) Waitz a. a. O. S. 29 ff.
9) Gierke a. a. O. S. 349
10) Hübner a. a. O. S. 242.
11) Rietschl, Markt und Stadt, S. 18.
12) Gierke a. a. O. S. 29 Anm. 39.
13) ebenda.

Während des ganzen Mittelalters blieben die Landstraßen „des kuninges strazen".[14]) Die auf dem Reichstag zu Roncaglia 1158 von Friedrich I. erlassene constitutio de regalibus[15]) rechnet die viae publicae zu den Regalien. Damit ist aber nichts über den Inhalt des Herrschaftsrechts über die Straßen gesagt; denn alle dem König zustehenden Rechte nannte man in jener Zeit iura regalia.[16]) Die Unterstellung der verschiedenartigsten Rechte unter einen einheitlichen Begriff in dieser Konstitution zeigt, daß man damals die spätere Differenzierung der Herrschaftsrechte über Sachen noch nicht kannte. Insbesondere verstand man damals unter Regal nicht nur die nutzbare Seite eines Herrschaftsrechts wie nach der späteren Regalienlehre. Dadurch, daß diese dem älteren Regalbegriff ihren Sinn unterschob, entstand die Streitfrage, ob das langobardische Lehnsrecht Friedrich I. in Deutschland rezipiert worden sei. Dieser Streit ist im Ausgangspunkt gegenstandslos, war aber doch für das spätere Wegerecht bedeutsam.

Die in der genannten Konstitution aufgezählten Regalien gehörten zum Krongut und nicht zum Hausgut des Königs. Diese Vermögensmassen schied man nach der fränkischen Zeit, in der man diese Unterscheidung noch nicht gekannt hatte, allmählich voneinander.[17]) Vor allem beim Wechsel des Königshauses sah man sich gezwungen, das Reichsgut vom Allodialgut zu trennen. Damit war aber noch nicht die Vorstellung des Reiches als eines selbständigen Rechtssubjektes verbunden. Subjekt des Reichsvermögens war der König. Diese Auffassung kommt in einem von Karl IV. dem Grafen von Schwarzburg im Jahre 1349 erteilten Privileg zum Ausdruck: „Leihen und geben wir ihnen unser und des Reiches Straßen ..."[18])

Die Landstraßen blieben im Mittelalter ein Stück Reichsverwaltung. Neben ihrer alten Bedeutung als Heerstraßen wurden sie für den aufblühenden Handel wichtig. Auch im Interesse der Städte ließ der Kaiser ihnen seinen besonderen Schutz angedeihen. Der Mainzer Landfriede von 1235[19]) bestimmt in Ziffer 7, daß die Zollberechtigten zur Instandhaltung der Landstraßen verpflichtet sind. In Ziffer 10 des Landfriedens und in der constitutio in favorem principum[20]) sorgt der Kaiser für die Freiheit des Gemeingebrauchs.[21])

---

14) Ssp. II 59 § 3; II 66 § 1.
15) M.G.h.Leg.Sect. IV S. 244; Lib. feud. II 56.
16) Gierke D.Pr.R. II, S. 396.
17) Schröder v. Künßberg, Rechtsgeschichte S. 566.
18) Zit. bei Struben, Rechtl. Bedenk. IV Nr. 19.
19) M.G.h.Leg.Sect. IV. Tom. II S. 241 ff.
20) ebenda S. 212 Ziff. 4.
21) Landfriede Ziff. 10 lautet (a. a. O. S. 258):
Er gebiutet bi sinen hulden, daz man die rehten lantstraze var, und niemen den anderen mit gewalt von der rehten straze bedwinge.

II.

Staatsrechtliche Wandlungen im Territorialstaat und ihr Einfluß auf das Wegeeigentum

Zu Beginn der Neuzeit gelangte das Herrschaftsrecht über die Landstraßen mit allen anderen königlichen Rechten in die Hand der Territorialherren. Im Territorialstaat machte das Rechtsverhältnis des öffentlichen Weges entsprechend den Wandlungen der Staatsverfassung bedeutsame Änderungen durch. Die Spaltung des bisher einheitlichen Rechtssystems in privates und öffentliches Recht wurde entscheidend für das rechtliche Schicksal der öffentlichen Straßen. Von dieser Trennung an ist die Rechtsnatur des öffentlichen Weges bis auf den heutigen Tag umstritten geblieben, denn der öffentliche Weg wurde weder vom Privatrecht noch vom öffentlichen Recht ganz erfaßt. Sein Rechtsverhältnis wurde nun ein Grenzproblem zwischen den beiden Teilen der Rechtsordnung.

Entscheidend für die Spaltung im Rechtssystem wurde die Rezeption des römischen Rechts. Die scharfe Scheidung zwischen ius publicum und ius privatum entsprach den politischen und sozialen Bedürfnissen der neuen Beamtenstaaten, die aus dem Verfall des mittelalterlichen Lehnsstaates hervorgingen.[1]) Die öffentlichrechtliche Sphäre, in der die Staatsgewalt lebte, war die Grundlage zum fürstlichen Absolutismus, der mit der genossenschaftlichen mittelalterlichen Staatsidee nichts mehr zu tun hatte. Indem sie das römische Recht für maßgebend erklärten, lösten sich die Territorialherren aus den überkommenen deutschrechtlichen Bindungen an König und Stände und bauten ihren Staat nach neuen Grundsätzen auf, wobei die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht jedoch immer flüssig blieb. Dagegen benutzten die Untertanen das römische Privatrecht, um sich vor Übergriffen des Fürsten zu schützen. In dieser Beziehung wurde vor allem die Wandlung des deutschrechtlichen Eigentumsbegriffes in den römischen Eigentumsbegriff bedeutsam.

Die für das Rechtsverhältnis des öffentlichen Weges wesentlichen Momente der schon im 12. Jahrhundert mit den Postglossatoren und den staufischen Kaisern beginnenden Entwicklung sind: die Scheidung von Ge-

1) Vgl. Walz, Tüb. Abhdl. Heft 15, S. 19.

bietshoheit und Grundeigentum, die Vorstellung des Staates als ein selbständiges Rechtssubjekt und die Ausbildung des Fiskus zum Subjekt des staatlichen Vermögens. Diese Momente sind in dem großen Trennungsprozeß eng miteinander verflochten als Ergebnisse derselben treibenden Kraft. Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden sie hier als einzelne Entwicklungsreihen dargestellt.

Die Scheidung des bisher als einheitlich vorgestellten Herrschaftsrechts über Grund und Boden in Gebietshoheit und Eigentum — imperium und dominium — vollzog sich in einer jahrhundertelangen Entwicklung. Die scharfe Scheidung dieser beiden Begriffe im römischen Recht überwand das Nebeneinander der nur dem Grade nach unterschiedenen Formen der innerlich einheitlichen Grundherrschaft im deutschen Recht. Schon die Postglossatoren machten einen Unterschied zwischen dominium mundi ratione iurisdictionis et gubernatoris und dominium ratione proprietatis.[2]) Diese Unterscheidung setzte sich aber in der deutschen Praxis nicht gleichmäßig durch. In den Reichsstädten, die nur den Kaiser als Herren anerkannten, verläuft die Entwicklung bis zur modernen Scheidung der Begriffe einheitlich. Jedoch nicht in den Territorien.[3])

Die Territorialherren hatten ihre Souveränität aus den zahlreichen vom Kaiser und König herrührenden Rechten, insbesondere der hohen Gerichtsbarkeit, hergeleitet. Unter Regalien verstand man jetzt nur noch die nutzbaren Rechte des Landesherren. Von den Rechten am öffentlichen Weg waren dies z. B. das Zollrecht, Geleitsrecht und Stapelrecht. Die Landesherren trachteten mit allen Mitteln danach, diese Rechte zu vermehren.[4]) Da die Regalien sowohl dem öffentlichen als auch dem privaten Recht angehörten, wirkte diese landesherrliche Praxis sehr verwirrend auf die Begriffsbildung.

Aus der landesherrlichen Souveränität entwickelten die Hofjuristen des 16. und 17. Jahrhunderts unter Berufung auf das römische Recht und das langobardische Lehnsrecht ein Eigentum des Fürsten am gesamten Grund und Boden seines Landes.[5]) Auch wurde kein Unterschied zwischen Krongut und Privatgut des Fürsten mehr gemacht. Die absoluten Landes-

---

2) Gierke, Gen.R. III, S. 616, Anm. 271.

3) Gierke, D.Pr.R. II, S. 357, Anm. 31 u. Hübner a. a. O. S. 245.

4) Dazu: Georg Obrecht, 5 unterschiedliche Secreta Politica von Anstellung, Erhaltung und Vermehrung guter Polizey und von billicher, rechtmäßiger und nothwendiger Erhöhung eines jeden Regenten Jährlichen Gefällen und Einkommen. Straßburg 1644.

5) Vgl.: Posse, über das Staatseigentum in den deutschen Reichslanden, 1794; Zitate aus dieser Lehre bei Schwab, Arch. für Ziv.Praxis Bd. 30, Beiheft, S. 35 ff.

herren behandelten ihre Länder in ihren Kriegen und Erbangelegenheiten wie Privateigentum.

Doch herrschte diese Lehre nicht unangefochten. Ein entschiedener Gegner der Hofjuristen ist Besold.[6]) Er macht einen scharfen Unterschied zwischen proprietas und dominium einerseits und imperium und iurisdictio andererseits. „Nam hoc idem, etiam de rebus privatis, dici potest: quae quoque ratione usus ac dominii, pertinent ad privatos; ratione vero Jurisdictionis Principis sunt."[7]) Immer wieder wendet er sich scharf gegen diejenigen, die ein landesherrliches Privateigentum am Grund und Boden des Landes lehren. „At vero summa potestas Majestatis non ad Dominium sed tantum ad Imperium rerum privatarum est referenda, quod et inui supra, hocque; et Cicero intellexit ac contra aliter sentientes, qui Christiani esse volunt, testabitur aliquando."[8])

Die Anschauungen Besolds wurden allgemeiner mit der naturrechtlichen Lehre vom Staatsvertrage. Jedoch war das Naturrecht in diesem Punkte nicht einheitlich. Zwei Richtungen standen sich gegenüber. Die Theorie der Herrschersouveränität, die im Grunde nur die naturrechtliche Version der patrimonialen Staatslehre war, lehrte, daß der Landesherr durch den Staatsvertrag alle nur möglichen Rechte erlangt habe.[9]) Dagegen lehrte die Theorie der Volkssouveränität, daß das Volk dem Herrscher nur soviel Rechte übertragen habe, als er zur Förderung der Wohlfahrt der Untertanen gebrauche. Im Sinne dieser beiden Auffassungen unterschied Grotius den patrimonialen Staat und den ständischen Staat.[10]) In jenem hat der Fürst proprietas am Grund und Boden des Landes, in diesem hat er nur ein dominium eminens. Mit diesem dominium eminens knüpft Grotius an die Unterscheidung der Postglossatoren an. Das dominium eminens entsprach auch den überkommenen deutschrechtlichen Anschauungen vom Ober- und Untereigentum[11]) und setzte sich deswegen in der gesamten Theorie in der Mitte des 18. Jahrhunderts durch.[12])

Mit dem endgültigen Sieg der Lehre von der Volkssouveränität war auch das dominium eminens überholt. Das um seine Freiheit von der absolutistischen Staatsgewalt kämpfende Bürgertum der Aufklärung[13]) lehnte auch dieses Obereigentum des Staates ab. Das Mittel zu der noch weiteren Zurückdrängung der Staatsgewalt vom Grund und Boden des

6) Opus politicum, Argentorati 1626.

7) A. a. O. Diss. de iure et divisione rerum cap. I S. 6.

8) A. a. O. cap. IV S. 22.

9) Leyser, Meditationes ad Pandectas, Bd. I S. 255 f.

10) De iure belli ac pacis, Lib. I cap. III.

11) So Gierke, Pr.R. II, S. 357, Anm. 32, Hübner, a. a. O. S. 245.

12) Z. B. Runde, Grundsätze, § 262; Selchow, Elementa § 436.

13) Vgl. dazu: Christian Daniel Erhard, Versuch einer Kritik des Allg. Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, 1. Teil, 1. Band 1792.

einzelnen wurde der römische Eigentumsbegriff, der zu dieser Zeit in Deutschland herrschend wurde. Das Eigentum des Untertanen ist „ein in sich unbeschränktes Recht (ius infinitum)“.[14] Daneben ist ein staatliches Eigentum, sei es auch als Obereigentum, am Boden des Landes ausgeschlossen. Damit kommt es zur klaren Scheidung zwischen Eigentum und Gebietshoheit. Der bedeutendste Kämpfer gegen das landesherrliche Landeseigentum ist Posse. Er bringt Ordnung in die „Verworrenheit der Begriffe“.[15] Er lehnt den Begriff Staatsobereigentum (dominium eminens) als irreführend ab. „Die deutsche Landeshoheit ist ein von dem Privateigentum an dem Grund und Boden ganz verschiedenes Recht: der Zweck der Landeshoheit ist die Sicherheit und das Glück der Untertanen, die Absicht des Eigentums hingegen ist der alleinige Nutzen des Eigentümers.“[16]

Die Scheidung setzte sich auch in der Praxis jener Zeit gegen die absolutistischen Anschauungen durch. Im preußischen Allgemeinen Landrecht ist nicht mehr die Rede von einem Staatseigentum oder Staatsobereigentum am Grund und Boden des Landes, sondern nur von Majestätsrechten, die das Privateigentum der Untertanen einschränken können.

Seit Beginn des 19. Jahrhunderts wird nicht mehr über diese Frage diskutiert. Maurenbrecher stellt fest, daß die Begriffe Souveränität und Eigentum, „deren Verwechselung Jahrhunderte hindurch die unsäglichste Verwirrung, besonders die eingreifendsten fiskalischen Plünderungen über das deutsche Privateigentum gebracht haben“, nunmehr klar und in ihrem Gegensatz geläufig sind.[17] Die Gebietshoheit wurde von der sogenannten Objekttheorie als ein staatsrechtliches Sachenrecht, das aber keinerlei Verwandschaft mit privatrechtlichen Sachenrechten habe, erklärt.[18] Diese Theorie wurde später von der Raumtheorie abgelöst, die das Gebiet nicht als Objekt staatlicher Herrschaft sondern als zu seinem Wesen gehörig, als den Staat in seiner räumlichen Erscheinung, ansah.[19]

In Verbindung mit der Scheidung von Gebietshoheit und Grundeigentum entwickelte sich die Vorstellung des Staates als eine Rechtsperson. Diese Entwicklung ging nach den Forschungen Gierkes, die er im 3. und 4. Band seines Genossenschaftsrechts niedergelegt hat, wie in kurzen Zügen folgt, vor sich.

---

14) Eichhorn, Pr.R., S. 405.

15) über das Staatseigentum in deutschen Reichslanden 1794 S. 9.

16) a. a. O., S. 36 f.

17) Lehrb. des gesamt. heutig. gem. dt. Pr.R. 1840, S. 387 Anm. 4,

18) Hauptvertreter dieser Theorie ist Gerber, Grundz. des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. § 22.

19) Hauptvertreter ist Fricker, Vom Staatsgebiet 1867 und Gebiet und Gebietshoheit 1901.

Die Glossatoren entwickelten den Körperschaftsgedanken, der in der Folge einen scharfen Gegensatz zu dem deutschen Genossenschaftsgedanken annahm, im Anschluß an die römische Korporation. Sie blieben jedoch bei der Vorstellung stehen, daß sich das korporative Rechtssubjekt mit der Gesamtheit deckt. Sie kannten nicht den Begriff der juristischen Person.[20]) Dagegen brachten die kanonischen Juristen des 12. und 13. Jahrhunderts die eigene von der Summe der Genossen verschiedene Rechtsperson der Korporation im Anschluß an ihre Vorstellung von der ewigen römischen Kirche scharf zum Ausdruck.[21]) Ihr Körperschaftsbegriff ist „Keim und Vorbild der modernen Staatsauffassung"[22]) geworden. Dieser von der Kirche her gebildete Begriff wurde im Laufe der Zeit ins Weltliche übertragen. Die Postglossatoren sahen in dem Herrscher nur noch den Träger eines von ihm verschiedenen Gemeinwesens. Sie stellen dem Fürsten den Staat als persona ficta gegenüber.[23]) Diese romanistisch-kanonistische Korporationstheorie wurde zu Beginn des 16. Jahrhunderts von der deutschen Jurisprudenz übernommen.[24]) Die selbständige Rechtspersönlichkeit, die man anfangs nur dem Reich als Rechtsnachfolger des römischen Imperiums zuerkannt hatte, wurde allmählich auch den Territorialstaaten und auch den Städten zugestanden.[25]) Die sich neubildende Staatsrechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts gab aber, der Wirklichkeit des absoluten Staates entsprechend, die Vorstellung der Zivilisten vom Staat als persona ficta auf und sah den Landesherren als Subjekt der Landeshoheit und nicht als Organ einer über ihm stehenden Staatspersönlichkeit an.[26]) Die von Hobbes ausgehende Naturrechtslehre nahm dann wieder die Vorstellung des Staates als eine unsichtbare über dem Herrscher stehende Person auf.[27]) Diese Anschauung drängte im Laufe des 18. Jahrhunderts die absolutistischen Theorien wieder zurück. Sie entsprach dem allmählich erwachenden politischen Selbstbewußtsein des Volkes, das nicht mehr bloßes Objekt des allmächtigen landesherrlichen Willens sein wollte. Der Begriff des Staates als juristische Person wurde das Mittel zur Überleitung des Absolutismus in den Konstitutionalismus.

Die Gierke'sche Darstellung der Entwicklung der juristischen Staatsperson, die sich auf eingehende Forschungen stützt und die bisher in der Wissenschaft allgemein anerkannt wurde bzw. sich mit den Forschungser-

---

20) Gierke, Gen.R. III, S. 204 ff.
21) Vgl. d. Formulierung Innocenz IV, Gierke a. a. O. III S. 277 f.
22) a. a. O., S. 302.
23) a. a. O., S. 357 ff.
24) a. a. O., S. 672 ff.
25) Besold, Diss. de Jure Universitatum S. 224 f. v. Maurer a. a. O. IV, S. 184.
26) GenR. IV, S. 237 ff.
27) a. a. O., S. 328 ff.

gebnissen anderer deckte[28]), wird neuerdings von Höhn angegriffen.[29]) Bei seiner Darstellung der Entwicklung stützt er sich bezüglich der mittelalterlichen Korporationstheorie auf die Forschungen Gierkes. Er mißt jedoch dieser Theorie keine Bedeutung für die Entstehung der modernen juristischen Staatsperson bei.[30]) Auch die Vorstellung der Naturrechtslehre von der unsichtbaren Staatsperson soll auf die Bildung der fiktiven Staatspersönlichkeit des 19. Jahrhunderts keinen Einfluß gehabt haben.[31]) Nach Höhn liegt die Wurzel des Begriffs der juristischen Staatsperson unserer Zeit in dem Staatsbegriff der italienischen Signorie des 13. Jahrhunderts.[32]) Dort ist der Staat der Apparat, mit dem der Fürst seine Macht begründet und erhält. Dies wird der Staatsbegriff des Absolutismus. Als Machtapparat faßten der Große Kurfürst, Friedrich Wilhelm I. und Friedrich der Große den Staat auf. Bei dem letzteren kommen jedoch auch naturrechtliche Gedankengänge zum Ausdruck. In seinen philosophischen Schriften sieht er den Staat als eine von ihm getrennte selbständige Größe an, deren Diener er ist.[33]) Aus dem instrumentalen Staatsbegriff des Absolutismus hat der Göttinger Jurist Albrecht (1837) die unsichtbare Staatspersönlichkeit geschaffen, indem er den Machtapparat des absoluten Fürsten personifizierte.[34])

Die Darstellung Höhns kann nicht überzeugen. Die Zitate, aus denen er seine Schlußfolgerungen zieht, können sämtlich auch anders aufgefaßt werden. Sie sind m. E. nicht als Ausdruck einer Staatsauffassung, sondern lediglich als ein besonderer Sprachgebrauch zu werten. Es handelt sich hier nur um eine den pars pro toto-Bezeichnungen entsprechende Ausdrucksweise. Der absolute Staat ruhte auf Heer- und Beamtentum, und es braucht deshalb nicht wunder zu nehmen, wenn der Fürst diese wichtigsten Teile des Staates zuweilen mit Staat bezeichnet. Dieser zu allen Zeiten übliche Sprachgebrauch macht es Höhn z. B. auch leicht, den von ihm gewünschten Staatsbegriff in Äußerungen Friedrichs des Großen zu finden, dessen Wort vom ersten Diener des Staates bisher als die klassische Formel des Staatsbegriffes des aufgeklärten Absolutismus galt. Den Beweis, daß Albrecht den Machtapparat des Fürsten personifiziert hat, hat Höhn m. E. nicht erbracht. Unmittelbar neben der Bezeichnung des Staates als Anstalt, auf die sich Höhn stützt, bezeichnet Albrecht den Staat als ein Gemeinwesen. Dieser Begriff hat nichts mit der Vorstellung eines

---

28) Vgl. Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB.
29) Der individualistische Staatsbegriff u. d. jur. Staatsperson.
30) a. a. O., S. 145 f.
31) a. a. O., S. 204.
32) a. a. O., S. 19 ff.
33) a. a. O., S. 117 ff.
34) a. a. O., S. 221 ff.

Apparates zu tun. Im nächsten Satz spricht Albrecht von den Untertanen als Glieder des Staates, was wiederum die Auffassung des Staates als Apparat ausschließt.[35]) Als ein Mangel der Darstellung Höhns muß es empfunden werden, daß sie zu der Entwicklung der Gemeinden insbesondere der Städte zu Rechtspersonen keine Stellung nimmt. Aber vor allem fällt auf, daß Höhn die Ausbildung des Fiskus zur juristischen Staatsperson, die bereits vor 1800 beendet war, mit keinem Wort erwähnt. Da dieser Fiktion doch ebenfalls individualistische Tendenzen zugrunde liegen, hätte er unbedingt darauf eingehen müssen. Zumal weil Otto Mayer bereits die Ansicht vertreten hatte, daß die Entstehung der Fiskusperson die Entstehung der juristischen Staatsperson zur Folge gehabt hat[36]), wirkt das Vorbeigehen an dieser Frage einseitig. Auch muß stark bezweifelt werden, daß eine derartige Abstraktion wie die Vorstellung des Staates als unsichtbare Person die Leistung eines einzigen Mannes ist, wie dies Höhn von Albrecht behauptet. Die Formulierung Albrechts darf nicht dazu führen, die Entwicklung außer acht zu lassen, die ihn zu seiner Vorstellung von der juristischen Staatsperson geführt hat. Die Idee, die jene Zeit zur Bildung des Rechtssubjektes Staat trieb, war die Freiheit des Individuums gegen den absoluten Staat und ihre Mittel die naturrechtliche Vertragslehre, gemischt mit mittelalterlichen korporativen Vorstellungen. Die mittelalterliche Korporationstheorie stellt Höhn durch einseitige[37]) Zitate aus Gierkes Genossenschaftsrecht als belanglos hin und läßt die Formulierung Innocenz' völlig außer Acht. Den überragenden Einfluß des Naturrechts auf die Staatslehre des 18. und 19. Jahrhunderts streitet Höhn nicht ab, leugnet aber ihren Einfluß auf die moderne Vorstellung von der unsichtbaren Staatsperson. Diese Isolierung Albrechts von den in seiner Zeit lebendigen Geisteskräften ist falsch.

Eindeutig widerlegt wird aber die Darstellung Höhns durch das 1792 erschienene Buch Christian Daniel Ehrhards „Versuch einer Kritik des allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten". Ehrhard sagt über den Staat folgendes:

„Ich finde überall Definitionen, und zwar viel vortreffliche Definitionen, nur eine Bestimmung des Begriffs Staat vermisse ich, und doch ist die unzweideutige Bestimmung dieses Begriffes notwendig, wenn nicht durch dies häufig gemißbrauchte Wort Doppelsinn und Mißverstand veranlaßt werden soll.

---

35) Göttingische gelehrte Anzeigen 1837, 3. Bd., S. 1514.

36) Dt.Verw.Recht I, 3. Aufl., S. 50

37) Vgl.: Gen.R. III S. 302, S. 277 u. S. 280, und Höhn, Staatsbegriff, S. 145 mit Anm. 5.

Mancher hält Staat und Regierung für einerlei, und doch sind es zwei wesentlich verschiedene Begriffe. Denn so ist z. B. jeder Bürger ein Teil des Staates, aber deshalb noch nicht ein Teil der Regierung.

Was der Staat sei, habe ich bereits oben gezeigt. — S. 43: „Der Staat ist Anstalt einer menschlichen Gesellschaft." — Im Staate selbst haben wir zu unterscheiden:

a) Die Gesellschaft oder das Corps der Nation, als eine moralische Person betrachtet.
b) Die Staatsgewalt, welche durch die Regierung, ..., ausgeübt wird.
c) Die einzelnen Bürger.

.... Es würde aus dem Vorhergehenden klar sein, daß die öffentliche Gewalt und die Gesellschaft zusammengenommen den Staat ausmachen."[38])

Diese Definition Ehrhards hat mit der Vorstellung des Staates als ein Apparat nicht das Geringste zu tun. Wir haben hier den modernen Staatsbegriff vor uns. Der Staat ist eine unsichtbare Person, für die die Regierung — in der Monarchie der Regent — als Organ handelt. „Die Ausübung aller Rechte und Pflichten, die der Staat gegen die Bürger und Einwohner des Staates hat, kommt dem Oberhaupt im Staate (dem Könige) zu."[39]) Das „Oberhaupt im Staate" ist nicht Herr eines Apparates, sondern „Repräsentant des Staates".[40])

Höhns Darstellung und seine Fixierung der Entstehung der modernen Staatsperson in das Jahr 1837 ist somit abzulehnen. Die juristische Staatsperson hat sich vielmehr am Ende des 18. Jahrhunderts herausgebildet, und zwar allmählich, was auch aus der verschiedenen Verwendung des Begriffes Staat im A. L. R. zu schließen ist.[41])

Die Rechtsperson Staat ist aber nicht selbst Eigentümerin des staatlichen Vermögens. Sie ist eigentumsunfähig. Subjekt des staatlichen Vermögens ist eine besondere neben dem eigentlichen Staat stehende staatliche Rechtsperson, der F i s k u s.

Die Entwicklung des modernen Fiskusbegriffes beginnt bei den Postglossatoren. Diese übernehmen, weil sie für die Praxis schreiben, nicht den römischen Begriff des Fiskus als eine neben dem Kaiser stehende juristische Staatsperson.[42]) Bei ihnen ist er ein Vermögensinbegriff oder eine Kasse.

---

38) a. a. O., S. 118 f.
39) a. a. O., S. 120.
40) a. a. O., S. 121 Fußnote.
41) Vgl. z. B. §§ 22, 73 Einl.; II, 14 § 11, § 21; II, 15 § 2.
42) Gierke Gen.R. III, S. 359; a. M. Hatschek, Fiskus S. 26

So wurde der Begriff in Deutschland rezipiert. Der Laienspiegel Ulrich Tenglers gibt folgende Definition: „Fiskus mag nach rechtlicher auslegung für ainen Küniglichen oder Fürstlichen Peutel oder kammersack geacht werden.“[43]) Ansätze zur rechtlichen Verselbständigung sieht man schon hier, denn der Laienspiegel zählt in dem vom Fiskus handelnden Abschnitt Vorrechte des Fiskus auf, obschon er damit Vorrechte des Königs oder Fürsten meint. Der Begriff wird also auch in übertragener Bedeutung als Subjekt der im Fiskus zusammengefaßten Rechtsverhältnisse gebraucht.

Die patrimoniale Staatslehre benutzt den Begriff Fiskus als Inbegriff der niederen Regalien.[44]) Diese werden allmählich deutlich von den hoheitsrechtlichen regalia maiora geschieden; sie haben aber noch nicht einen ausschließlich privatrechtlichen Charakter. Auch bei Besold hat der Fiskus noch keine Abgrenzungsfunktion hinsichtlich der einzelnen staatlichen Zuständigkeiten, sondern nur hinsichtlich einzelner Vermögensmassen. Besold braucht den Begriff Fiskus zur Scheidung des privaten Vermögens des Fürsten von dem staatlichen Vermögen. Bezüglich der staatlichen Sachen, die nicht im Gemeingebrauch stehen, sagt er: „Prioris huius generis sunt res fisci, quae non tam in Principis, quam Principatus patrimonio sunt, vulgo Kammergüter. Alia enim Cäsaris sunt, seu in Principis cuiusdam patrimonio privato; non quatenus est Arcadius, Antonius ... Et pessime erant illi, qui dubitare audent, utrum in Monarchia absoluta valeat ista distinctio bonorum.“[45])

In der Naturrechtslehre ist der Begriff den beiden Richtungen entsprechend streitig. Die Anhänger der Lehre von der Volkssouveränität bezeichnen die Volksgesamtheit, die Anhänger der Lehre von der Herrschersouveränität den Fürsten als Subjekt des öffentlichen Vermögens. Die Theorie der Herrschersouveränität benutzt den Begriff ebenso wie Besold, um das staatliche Vermögen von dem Privatvermögen des Fürsten zu trennen.[46])

Das Bestreben, nun auch innerhalb der Staatsgewalt, die man sich bereits von der Privatperson des Herrschers getrennt vorstellte, öffentlichrechtliche und privatrechtliche Befugnisse zu scheiden, führte seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts allmählich zur rechtlichen Verselbständigung des Fiskus.[47]) Entscheidend für diese Entwicklung war die Entschädigungs-

---

43) Ausgabe Straßburg 1518 Fol. 46.

44) Conrad v. Einsiedel und Conrad u. Benedict Carpzow, Tractatus de regalibus. 1678. Cap. III; M. Stephani Discursus de Fisco Principis. 1624.

45) a. a. O., Cap. IV, S. 20.

46) Leyser, a. a. O. Vol. X, S. 387; Fiscus, domanium et camera synonyma sunt.

47) Joh. Steph. Pütter, Elementa iuris publici Germanici, 1766, § 368: Deinde quatenus fisci nomine privata celebrantur negotia, merito privato quoque iure is utitur. Vgl. auch Ehrhard, a. a. O., S. 112.

funktion des Fiskus. Er wurde das staatliche Rechtssubjekt, das vor Gericht verklagt werden konnte und so dem Rechtsschutz der Untertanen diente.

Im preußischen Allgemeinen Landrecht ist der Fiskus nicht ausdrücklich als eine selbständige juristische Staatsperson formuliert. Er ist nur als Vermögensinbegriff definiert (II 14 § 1). Er wird aber als eine juristische Staatsperson behandelt. § 633 I 9 bezeichnet den Fiskus als eine moralische Person. Er nimmt am Rechtsverkehr teil wie ein Privater. § 82 II 14: „Insonderheit ist jeder, mit welchem der Fiskus in Verträge oder andere einzelne Geschäfte sich eingelassen hat, bei entstehendem Streite, rechtliches Gehör und Erkenntnis darüber zu verlangen befugt."

Die klare Scheidung der beiden staatlichen Rechtssubjekte erfolgte erst im Laufe des 19. Jahrhunderts. In aller Schärfe kommt diese Fiskustheorie bei Koch[48]) zum Ausdruck: „Die größte Personengesamtheit ist der Staat selbst, welcher in zweifacher Hinsicht als juristische Person auftritt: als Staatsgesellschaft zur Verwirklichung des Staatszweckes (Majestäts- und Hoheitsrechte) und als Erwerbsgesellschaft zur Herbeischaffung der Mittel zu diesem Zwecke. Beide Persönlichkeiten sind voneinander wohl zu unterscheiden."

Mit der Ausbildung des Fiskus zu einer selbständig neben dem Staat stehenden Rechtsperson war eine saubere Grenzziehung zwischen hoheitsrechtlichen und privatrechtlichen Befugnissen der Staatsgewalt möglich geworden. Die Trennungslinie zwischen privatem und öffentlichem Recht verlief nicht zwischen Staat und Untertanen, sondern auch der Staat unterlag zum Teil privatrechtlichen Normen. Er mußte sich als ein Privatmann behandeln lassen, wenn er als Subjekt von Vermögensrechten auftrat, denn Vermögensrechte wurden stets als Privatrechte angesehen. Die hoheitsrechtliche Staatsperson war nicht vermögensfähig. Sie war Subjekt der Summe der Hoheitsrechte und gehörte damit vollständig in das öffentliche Recht.

Nach der Darstellung dieser staatsrechtlichen Entwicklungen kann nun das von ihnen abhängige **Eigentum an den öffentlichen Straßen** untersucht werden.

Die Vizinalstraßen, die nicht über das Weichbild einer Gemeinde hinausgehen, und die Feldwege stehen im Eigentum der Stadt oder der Landgemeinde, seitdem diese aus den genossenschaftlichen Verbänden zu juristischen Personen geworden sind.[49]) Soweit infolge der Hörigkeit der Bauern

48) Lehrbuch des pr. gem. Rechts, 2. Aufl., S. 173.
49) Beseld, Diss. de Rerum, cap. II et III; Diss. de Jure Universitatum.

keine Gemeinden mehr bestehen, sind die Wege mit Ausnahme der Landstraßen Eigentum des Gutsherren, dem die gesamte Ortsfeldmark gehört.

Die Landstraßen wurden in der Praxis des patrimonialen Staates wie Privateigentum des Landesherrn behandelt.[50])

Im Folgenden sei eine Reihe von Schriftstellern angeführt, die die Rechtsnatur der öffentlichen Wege im Sinne dieser Praxis darstellen. Das Eigentum wird allerdings von ihnen kaum erwähnt, da mit der Zurechnung der öffentlichen Wege zu den Regalien das nutzbare Innehaben bereits gekennzeichnet war. Nach diesen Autoren gehören die öffentlichen Wege dem Fürsten, es kann sie aber jedermann benutzen.

Johannes Borcholten schreibt[51]): Viae igitur publicae inter regalia referuntur. Inde sequitur vias publicas ad principes, duces, comites, barones et alios, qui regalia habent, pertinere.

Heinricus a Rosenthalius führt aus[52]): Viae publicae inter regalia numerantur, non puto ea ratione solum, quod protectione et iurisdictione seu supremo quodam dominio ad Imperatorem pertinent, nam et totius mundi dominus sic appelatur, sed sicut antea in iure populi Romani, ita nunc imperatoris, aut eius cui eo loci regalia concessit sint, ut ipse solus circa ea disponat, agat, et singulati quadam religione eas sartas tectas, et securas conservati faciat.

Besonders ausführlich wird das Rechtsverhältnis der öffentlichen Wege von Ahasver Fritsch behandelt. In seinem Tractatus Juridico-Politicus de Regali Viarum publicarum Jure[53]) schreibt er folgendes:

Es gibt Privatwege und öffentliche Wege. Via privata, quae et agraria vocatur Germ. ein Feldweg, ein Holtzweg, a publica eo differt, quod illius solum alienum sit et qua non universo populo itinera praestantur, sed eis ad quorum agros per eas vias venire necesse est.[54]) Für diese ist das Privatrecht maßgebend. Die öffentlichen Wege dagegen stehen jedermann zum Gebrauche offen. Sie unterliegen dem öffentlichen Recht.[55]) Das Eigentum an ihnen stand nach römischem Recht dem Volke zu. Heute wird das Volk durch den Fürsten repräsentiert, unde vias publicas per regnum

---

50) Hinsichtlich der Verwaltung der Straßen ist der Ausspruch Philipps von Hessen beachtlich: „Man soll einen Fürsten erkennen bey reiner Straßen, guter Müntz und Haltung bescheher Zusag.“ Zit. bei Obrecht, Secreta Politica, Disc. von Verbesserungen Land und Leut, S. 16.

51) Commentaria in consuetudines feudorum. Helmstedt 1596.

52) Synopsis totius iuris feudalis. 1588.

53) Jena 1662.

54) a. a. O., S. 7.

55) a. a. O., S. 9: Quod igitur priman viarum publicarum in Rep. determinationem attinet, ea non ab arbitrio privatorum, sed auctoritate legis, populi, aut Magistratus dependet. Quae enim iuris publici sunt, singulorum arbitrio subiacere non debent.

Teutonicum proprietate et imperio Regis esse Germanorum, qui Imperator audit. Ab Imperatore Principes ac status Imperii vi superioritatis seu potestatis territorialis, Krafft der Landes Ober- und Herrlichkeit, eas possident.[56]) Die öffentlichen Wege gehören zu den niederen Regalien, zählen also zu den fiskalischen Rechten und nicht zu den Hoheitsrechten.[57]) Die hoheitliche Gewalt über die öffentlichen Wege äußert sich in der Gerichtsbarkeit[58]), im Zoll-[59]) und Geleitsrecht[60]) und in der Beaufsichtigung des Wegebaues.[61]) Der öffentliche Weg kann nicht durch einen Privatrechtsakt[62]), sondern nur durch einen hoheitlichen Akt eingezogen werden.[63])

Johann Volkmar Bechmann schließt sich in seiner Exercitatio Juridica de iure viarum, Vom Straßen-Recht, eng an die Ausführungen Fritschs an.

Henr. Cocceji[64]) rechnet die öffentlichen Wege in gleicher Weise zu den Regalien. Er weist noch darauf hin, daß die „gelaydliche Obrigkeit", die insbesondere die Gerichtsbarkeit über die öffentlichen Wege umfaßt, einem andern als dem dominus territorii, dem der Weg im übrigen zugehört, zustehen kann.[65])

Bei Leyser kommt die naturrechtliche Lehre von der Herrschersouveränität deutlich zum Ausdruck. Er stützt sich zugleich auch noch auf die oben erwähnte Regalienkonstitution Friedrichs I. Er führt aus[66]): „Viae publicae, quamdiu libera res publica Romana fuit, ad integrum populum pertinuerunt, deinde cum imperium — et cum eo omne ius, quod ante habuit — ad unum translatum est, Princeps sibi ius in illas arrogavit et Fridericus imperator expresse illas inter regalia retulit. Atque hoc iure hodie adhuc censentur."

---

56) a. a. O., S. 13; Das Zitat Otto Mayers DVR II 2. Aufl., S. 80, Fußn. 15, wonach Fritsch die öffentlichen Wege für res nullius hält, war in dem hier benutzten Text nicht zu finden.

Dem hier ausgesprochenen Eigentum der Landesherren widerspricht der Satz: Proprietas namque viae publicae est populi, usus vero eius communis ac publicus (S. 26) nicht. Dieser Satz steht in dem Kapitel, in welchem Frisch den Gemeingebrauch behandelt. Er will, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, besagen, daß der öffentliche Weg zwar einem ganz bestimmten Volke zugehört, aber doch allen Menschen zum Gebrauche offen steht.

57) a. a. O., S. 14 ff.

58) a. a. O., S. 61: Juristictio viae publicae dependet a superioritate; und S. 63: Jurisdictio cum iure regali nihil habet commune, sed toto genere ab hoc differt.

59) a. a. O., S. 49 ff.

60) a. a. O., S. 72 ff.

61) a. a. O., S. 97 ff.

62) S. 99: Privati non possunt mutare viam Regiam.

63) a. a. O., S. 101.

64) Juris publici prudentia Compendio exhibita. Frankfurt/Oder 1700.

65) a. a. O., S. 403.

66) Meditationes ad Pandectes I, S. 260, Parenthese, S. 255.

Dieser Praxis und ihrer Theorie standen aber auch andere Anschauungen gegenüber. So führt Otto Mayer eine Reihe Schriftsteller des 16. und 17. Jahrhundert an, die die öffentlichen Wege als res nullius bezeichnen.[67]) Zu einem noch anderen Ergebnis kommt Besold. Nach seiner Ansicht stehen die öffentlichen Wege „in patrimonio populi". Im einzelnen führt er folgendes aus[68]): Die Wege gehören zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Diese scheiden sich in res communes, die in keines Menschen Eigentum stehen, z. B. die Luft und das Meer, in res publicae, zu denen die Landstraßen gehören, und in res universitatis, wie z. B. die Gemeindewege. Die res publicae und damit auch die Landstraßen stehen in patrimonio populi. Dieses Volkseigentum ist scharf zu scheiden von dem Privateigentum des Fürsten und dem Privateigentum der einzelnen Untertanen. Ferner ist es von dem Eigentum an den fiskalischen Sachen — dies sind diejenigen öffentlichen Sachen, die nicht dem Gemeingebrauch unterliegen — zu trennen, denn diese stehen in patrimonio principatus.

Der Unterschied, den Besold im Subjekt der beiden Arten des öffentlichen Vermögens fiskalische Sachen und Sachen im Gemeingebrauch macht, ist bemerkenswert. Die Sachen im Gemeingebrauch stehen nicht wie die fiskalischen Sachen, die dem heutigen Finanz- und Verwaltungsvermögen entsprechen, in patrimonio principatus, sondern in patrimonio populi.[69]) Hier wirkt offenbar der alte Allmendgedanke noch nach, während das Finanz- und Verwaltungsvermögen selbst bei Besold mehr zu dem Fürsten als zum Volke gehört. Die beiden Arten der öffentlichen Sachen unterscheiden sich bei Besold auch noch dadurch, daß die res fisci dem Privatrecht und die res publicae dem öffentlichen Recht unterliegen. Näheres über dieses öffentliche Recht wird aber nicht gesagt. Auch der Begriff Volkseigentum ist nicht weiter ausgeführt. Patrimonium populi kann deshalb nicht dem späteren Begriff öffentliches Eigentum gleichgesetzt werden. Besold sagt nur, daß der Fürst nicht nach Privatrecht über die Landstraßen verfügen kann wie über die res fisci, sondern daß sie ihm nur bezüglich der Gerichtsbarkeit unterliegen, und daß er dafür zu sorgen hat, daß sie dem Gemeingebrauch erhalten bleiben.

Mit dem Sieg der naturrechtlichen Ideen über die patrimoniale Staatslehre in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts änderte sich das Rechtsverhältnis der öffentlichen Straßen. Jedoch nur zögernd und zwiespältig, sowohl in der Literatur wie in der Praxis. Struben bezweifelt die Ansicht derjenigen Rechtsgelehrten, die dem Landesherren das Eigentum an den Landstraßen zuschreiben, nimmt aber selbst nicht Stellung.[70]) Pütter

67) Verw.R. II, 2. Aufl., S. 80, Anm. 15.
68) Diss. de divisione rerum cap. II.
69) Vgl. oben, S. 18.
70) Rechtl. Bedenken, 2. Teil Nr. 81.

hält das Recht der „höchsten Gewalt" über die öffentlichen Wege für ein Hoheitsrecht. Ob es daneben noch ein Eigentum gibt, sagt er nicht.[71]) Moser schildert die Stellung der öffentlichen Wege in der Verwaltungspraxis und schreibt dem Landesherren ein hoheitsrechtliches Aufsichtsrecht über sie zu.[72]) Über das Eigentum an ihnen hat er jedoch nur unklare Vorstellungen. Er schreibt: „Einige Sachen sind in Ansehung des Eigentums zwischen dem Herren und dem ganzen Land gemeinschaftlich, z. B. das Wasser, die Straßen usw."[73]) Das hier schon erwähnte Eigentum am Wasser behandelt er später nochmals: „Der großen Flüsse und Ströme Eigentum steht dem Staat, oder gemeinem Wesen, oder vielmehr Namens desselbigen dem Landesregenten zu. Bäche sind an und für sich zwar auch im Eigentum des gemeinen Wesens oder Regenten", es sind aber an ihnen private Nutzungsrechte möglich.[74]) Hier kommt deutlich der Widerstreit zwischen der naturrechtlichen Lehre von der Volkssouveränität und der Herrschersouveränität zum Ausdruck. Moser schließt einen Kompromiß zwischen beiden Richtungen und schreibt beiden, dem Fürsten und dem Volk, das Eigentum an den Sachen im Gemeingebrauch zu. Die Rechtssubjektivität des Staates ist noch nicht soweit ausgebildet, daß er in diesem Gegensatz eine entscheidende Rolle spielen könnte.

Das preußische Allgemeine Landrecht mußte in diesem Streit Stellung nehmen. Dieses Gesetz unternahm es, die Praxis des Absolutismus mit den im Volke lebendigen naturrechtlichen Ideen der Aufklärung auszugleichen.[75]) Seine Grundhaltung ist also ein Kompromiß[76]), der in vielen Vorschriften deutlich sichtbar wird. So auch in der Vorschrift des § 21 II 14. Dieser Paragraph bezeichnet die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Häfen als „gemeines Eigentum des Staates". Hier erscheint der Staat als Subjekt des öffentlichen Vermögens in der Praxis des Absolutismus. Der Streit zwischen den beiden naturrechtlichen Richtungen hat damit sein Ende gefunden. Jetzt ist nicht mehr der Fürst, aber auch nicht mehr das Volk, sondern der Staat, der überall in der großen Auseinandersetzung zwischen den beiden als Ausgleichsfaktor auftritt, der Eigentümer der Landstraßen. Dieses Eigentum hat jedoch nicht der Staat selbst, sondern die staatliche „Erwerbsgesellschaft", der Fiskus.

---

71) Kurzer Begriff des Teutschen Staatsrechts, S. 163 und Elementa iuris publici Germanici Tom. II, Lib. VII, Kap. III. De iure circa vias publicas ac flumina et de iure vectigalium.

72) Von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers, 3. Kap.

73) a. a. O., 9. Kap., § 2.

74) a. a. O., 17. Kap. § 4 und § 8.

75) Vgl. Dernburg, Friedrich Wilhelm III. und Suarez.

76) Erhard, a. a. O., insbes. Kap. II.

Die Rechtsnatur des gemeinen Eigentums des A.L.R. ist in der Literatur streitig. M. E. ist es Privateigentum, und zwar Privateigentum im Sinne des durch das späte Naturrecht endgültig zur Herrschaft gelangten römischen Eigentumsbegriffes. Dies ergibt sich aus § 25 II 14: „Dies gemeine Staatseigentum selbst ist den Domänen völlig gleich zu achten." Das Eigentum an den Domänen ist aber, wie aus § 17 II 14[77]) folgt, Privateigentum. Die in diesem Paragraphen ausgesprochenen Verfügungsbeschränkungen der Verwaltungsbehörden berühren das Wesen dieses Eigentums nicht. Das Domäneneigentum ist das Eigentum am Finanzvermögen, also Privateigentum. Mithin ist das ihm gleichgestellte gemeine Eigentum auch Privateigentum. Dies hat aber, wie das „gemein" andeutet, und § 7 II 15[78]) für die Wege näher ausführt, dem Gemeingebrauch zu dienen. Die Hinzufügung des „gemein" ist offenbar eine Konzession an die Lehre von der Volkssouveränität.[79])

Gegen die Annahme des Privateigentums kann nicht § 3 I 8 A.L.R.[80]) angeführt werden.[81]) M. E. sind dort die res communes omnium, wie z. B. Licht und Luft gemeint, sonst hätte § 7 II 15 den Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen und seinen Umfang nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Dies bestätigt auch § 15 I 4, der einen Unterschied zwischen der durch Natur und durch Gesetz bedingten Verkehrsentzogenheit macht.

Koch hält die Gleichstellung von Wegeeigentum und Domäneneigentum für unverständlich.[82]) Dies beruht darauf, daß er das gemeine Eigentum für ein Hoheitsrecht hält. Der Staat in § 21 II 14 A.L.R. ist für ihn der Hoheitsträger, nicht der Fiskus. Er setzt sich aber damit in Widerspruch zu seiner Anmerkung 27 zu § 15 II 4, in der er die Land- und Heerstraßen als im Eigentum des Staates oder einer Kommunität stehend bezeichnet.

Der besondere Begriff „gemeines Eigentum" führte auch zu falschen Auffassungen in der Rechtsprechung. In der Entscheidung des O.V.G. vom

---

77) § 17 II 14 lautet:

Domänengüter können nur insoweit an einen Privatbesitzer gültig gelangen, als der Staat dagegen auf andere Art schadlos gehalten worden.

78) § 7 II 15 lautet:

Der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem Jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet.

79) Im Schrifttum sind für Privateigentum: Gierke, Dt.Pr.R. II, S. 30; Germershausen, Wegerecht I, 4. Aufl., S. 90; Rausnitz, Gruchot 39/525 ff.; Moll, Gruchot 54/338 ff. und insbesondere Laffar, Grundbegriffe, § 4, der seine Ansicht aus den Materialien zum A.L.R. begründet. — Dagegen nimmt Otto Mayer, Dt.V.R. II, 2. Aufl., S. 81 Anm. res nullius an.

80) § 3 I 8 lautet: Sachen, von deren Benutzung ihrer Natur nach niemand ausgeschlossen werden kann, können kein Eigentum einzelner Personen sein.

81) So Trautmann, Gruchot 48/330 ff.

82) Komm. z. A.L.R., Bd. 4, 5. Ausg. Anm. 16 zu § 25 II 14.

9.11.1887[83]) wird dem gemeinen Eigentum das besondere Eigentum der §§ 1, 11 II 14 gegenübergestellt. Der Staat hat das gemeine Eigentum, der Fiskus und die Gemeinden haben das besondere Eigentum an den öffentlichen Sachen. Danach ist also das gemeine Eigentum ein Hoheitsrecht. Diese Gegenüberstellung der beiden Begriffe ist aber m. E. mit der ausdrücklichen Gleichstellung in § 25 II 14 und mit der besonderen ausdrücklichen Feststellung und Regelung der Wegehoheit in den §§ 2 ff. II 15 nicht zu vereinbaren.

Im übrigen entspricht aber die Rechtsprechung der Auffassung des A.L.R., daß die öffentlichen Wege der privatrechtlichen Grundordnung unterliegen. So stellt das Obertribunal in der Entscheidung 72/298 ff. als Rechtsgrundsatz fest, daß die Qualität eines Weges als eines öffentlichen nicht ausschließt, daß der Wegekörper in Privateigentum steht. Privatrechte am Wege seien soweit möglich, als sie der öffentlichen Zweckbestimmung nicht im Wege stehen. Derselben Ansicht ist die Entscheidung 75/154 ff. unter Hinweis auf die herrschende Lehre. Dem hat sich das Reichsgericht in der Entscheidung vom 16. 6. 1899 angeschlossen.[84])

Verwirrend wirkt die Anführung von Entscheidungen bei Otto Mayer, Verw.R. II, 2. Aufl., S. 81, in der Anmerkung. Auf sie ist daher kurz einzugehen. Bezüglich der öffentlichen Flüsse hat das preußische Obertribunal wiederholt ausgesprochen, daß sie nach gemeinem Recht und nach § 21 II 14 A.L.R. res publicae und nicht res fisci seien.[85]) Auf diesen Entscheidungen fußend, ist dem Reichsgericht ein Irrtum unterlaufen.[86]) Es hält die res fisci für fiskalisches Eigentum und die dazu im Gegensatz stehenden res publicae, da der Hoheitsträger Staat nicht eigentumsfähig ist, für res nullius. Diese Auffassung ist aber falsch. Die res fisci und die res publicae stehen nach der Mitte des 19. Jahrhunderts herrschenden Ansicht bezüglich ihrer Eigentumslage nicht im Gegensatz. Beide stehen im Eigentum des Fiskus. Der Unterschied der Bezeichnung beruht lediglich auf der Verschiedenheit der Verwaltungszwecke, denen sie dienen.[87])

Der § 21 II 14 A.L.R. ist die erste Kodifizierung des Zwiespaltes im Wegerecht, den es in unseren Tagen zu überwinden gilt. Es ist deshalb wichtig, zu wissen, wie es zu dieser Regelung gekommen ist. Nicht im Hinblick auf eine gute Verwaltung der Straßen hat man das Wegeeigentum in die Privatrechtsordnung eingegliedert, sondern mit Rücksicht auf den

---

83) Pr.V.Bl. 9/471.

84) Pr.V.Bl. 21/197.

85) Amtl. Sammlg. Bd. 45/352, verweist auch auf die Entsch. vom 21. 5. 1841; ferner Striethorst, Rechtsgrundsätze Bd. 7 Nr. 744 und Entsch. vom 17. 1. 1873.

86) R.G.Z. 3/234 und 4/259.

87) Vgl. Wappäus, Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen, 1867.

Freiheitskampf des Bürgertums gegen den absoluten Staat.[88]) Die Schaffung eines den Verwaltungszwecken angepaßten öffentlichen Eigentums des Staates hätte die beherrschende Stellung des Privateigentums, das die sicherste Stütze der bürgerlichen Freiheit war, in Frage gestellt. Der absolute Staat, der seine einzigartige Verwaltungserfahrung für sich hatte, hat, wie die Fom des § 21 II 14 zeigt, nur widerstrebend seine Stellung im Wegerecht im A.L.R., das im Schatten der französischen Revolution entstanden ist[89]), aufgegeben. Der Sieg des liberalen Eigentums über die Verwaltung war aber eindeutig. Dies zeigt sich auch darin, daß das Recht am öffentlichen Weg im 19. Jahrhundert nicht durch das Staats- und Verwaltungsrecht, wie es der Stellung des öffentlichen Weges in dem Verwaltungsorganismus entsprochen hätte, sondern durch die Zivilrechtswissenschaft weiter gebildet wurde.

88) Vgl. Posse, über das Staatseigentum, S. 37.
89) Christian Daniel Erhard a. a. O.

III.

Die neuzeitlichen Theorien des Eigentums am öffentlichen Weg

Seit Anfang des 19. Jahrhunderts war man bemüht, die gegen den absoluten Staat errungene Freiheit der privaten Sphäre auf Kosten der Staatsgewalt zu erweitern. Die Theorie des öffentlichen Weges begnügte sich nicht damit, daß nunmehr der Fürst als Subjekt des staatlichen Vermögens ausgeschaltet war, sondern sie betonte jetzt den privatrechtlichen Charakter des staatlichen Wegeeigentums. Hier zeigt sich deutlich das Bestreben, den Staat mit Hilfe der Fiskustheorie soweit wie irgend möglich dem Privatrecht zu unterwerfen und ihn damit vor Gericht dem einzelnen Bürger gleichzustellen. So betont Posse, daß das Eigentum des Staates denselben Grundsätzen des gemeinen Rechts unterworfen sei, wie das Eigentum von Privatpersonen; daß es sich um „Staatsprivateigentum" handele.[1]) Maurenbrecher lehrt, daß der Staat ein Privateigentum an den öffentlichen Wegen hat, die Regierung aber verpflichtet ist, sie dem Gemeingebrauch zu überlassen.[2])

Eine besondere Betonung und Ausgestaltung fand diese Lehre anläßlich des sog. Schanzenstreites zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Land. Dies war ein in den Jahren 1859—1862 vor dem schweizerischen Bundesgericht schwebender Prozeß um die vermögensrechtliche Auseinandersetzung der beiden 1833 voneinander getrennten Kantone hinsichtlich der geschleiften Baseler Festungswerke. Hierbei wurde von den Gutachtern Dernburg, Rüttimann, Ihering und Keller die Rechtsnatur der öffentlichen Sachen mit großer Gründlichkeit erörtert.[3]) Dernburg und Rüttimann vertraten die herrschende Lehre, gegen die Ihering und Keller vergeblich vorgingen.

---

1) a. a. O.; ebenso Eichhorn Priv.R., S. 670.

2) D. Privatrecht, S. 392.

3) Vgl dazu: Der Rechtsstreit über die Baseler Festungswerke, herausg. auf Anordnung der Regierung d. Kantons Basel-Stadt. His, Eduard, Eine historische Staatsteilung, S. 75 ff. der Festgabe für Fritz Fleiner, Tübingen 1927. Ruck, Erwin, Das Eigentum im Schweizerischen Verwaltungsrecht, S. 16 ff. d. Festgabe für Paul Speiser, Basel 1926.

Dernburg teilt die Sachen einer öffentlichen Körperschaft in zwei Klassen ein.[4]) Die einen dienen dem Geldertrag; sie sind dem Rechtsverkehr nicht entzogen . Die anderen dienen unmittelbar den öffentlichen Zwecken; sie sind dem Privatrechtsverkehr entzogen. Von ihnen ist eine besondere Gruppe — vor allem die öffentlichen Wege — dem Gemeingebrauch gewidmet. Auch diese Sachen stehen im Privateigentum des Staates oder auch der Städte oder der Landgemeinden. Öffentliche Wege können auch im Eigentum von Privatleuten stehen. Dem Eigentümer gebühren aber nur die Nutzungen außerhalb des Gemeingebrauches. Rüttimann scheidet ausdrücklich das Hoheitsrecht des Staates und das Eigentum an der öffentlichen Sache.[5]) Er stellt das Eigentum als während der Dauer der Bestimmung zum Gemeingebrauch ruhend dar. Nach dem Wegfall der Belastung durch den Gemeingebrauch ist es vermöge seiner Elastizität wieder voll privatrechtlich wirksam.

Diese Ansichten wurden von fast der gesamten Wissenschaft gebilligt. Man stand fast allgemein auf dem Standpunkt, daß der Staat an den Sachen im Gemeingebrauch Privateigentum habe, das durch die Bindung an den Gemeingebrauch beschränkt sei, und daß diese Sachen einem privatrechtlichen ius singulare, welches ihnen die Eigenschaft der partiellen Verkehrsentzogenheit verleiht, unterliegen.[6])

Am ausführlichsten dargestellt ist diese Theorie in einer Monographie von Wappäus[7]), in der besonders deutlich wird, daß die Grundlage der Lehre vom Privateigentum an den öffentlichen Sachen die ältere Fiskustheorie ist. Er führt aus:

Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, von denen die wichtigsten die Wege sind, stehen im Privateigentum des Staates oder der Gemeinden; Wege können auch im Eigentum von Privatpersonen stehen. Ist der Staat Eigentümer, so ist er es als Fiskus; als Hoheitsträger ist er eigentumsunfähig. „Während der Dauer des öffentlichen Gebrauches scheidet ein Teil der Rechte aus dem Ganzen des Eigentums aus. Der Staat oder die Gemeinde darf keine Dispositionen mit den öffentlichen Sachen vornehmen, welche den Gemeingebrauch beschränken oder unmöglich machen. Solange daher nicht diejenigen Verwaltungsbehörden, welche als Vertreter der Polizeihoheit des Staates auch in Beziehung auf die res publicae fungieren, die Aufhebung der öffentlichen Bestimmung verfügt haben, dürfen die Behörden, welche den Staat in seiner davon ganz getrennten

4) Pandekten, I, S. 161.

5) Der Rechtsstreit, S. 87.

6) So: Windscheid, Pandekten, 5. Aufl., Bd. I, S. 438 ff.; Puchta, Pandekten, 12. Bearb., § 35; Brinz, Pandekten, Bd. I, S. 464 ff., Bd. III, S. 482; v. Arndts, Pandekten, 8. Aufl., S. 55.

7) Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, 1867.

Eigenschaft als Fiskus repräsentieren, sein Vermögensrecht an seinen öffentlichen Sachen nicht in einer solchen unstatthaften Weise zur Anwendung bringen."[8]) Wenn die öffentliche Bestimmung wegfällt, ist der Fiskus oder der jeweilige andere Eigentümer allein verfügungsberechtigt. Verfügungen, die den Gemeingebrauch nicht berühren, dürfen immer frei geübt werden. In einem ganz anderen Verhältnis als der Fiskus steht der Hoheitsträger Staat zu der öffentlichen Sache. Er sorgt für ihr Vorhandensein und für ihre Instandhaltung. Er regelt den Gemeingebrauch und überwacht die Verfügungen des Eigentümers.

Diese Lehre erfährt eine Änderung mit der Wandlung der Fiskustheorie. Der Dualismus der beiden Staatspersönlichkeiten wurde gegen Ende des 19. Jahrhunderts aufgegeben, weil seine polizeistaatlichen Voraussetzungen im modernen Staat nicht mehr vorlagen. Fiskus und Staat sind nunmehr identisch.[9]) Der Staat kann wie eine Rechtsperson am Rechtsverkehr teilnehmen und auch Eigentum haben. Damit ergab sich für die herrschende Theorie der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch die Frage, wer das Subjekt der Belastung des Privateigentums sei. Das war zur Zeit der älteren Fiskustheorie kein Problem; Subjekt des Eigentums war der Fiskus oder eine unterstaatliche Rechtsperson, Subjekt der Belastung war der Staat. Diese Konstruktion war nun nicht mehr möglich. „Aber wer ist der Träger der der Belastung gegenüberstehenden Berechtigung? Nicht die zum Genuß berechtigten Einzelnen. Nicht der Staat oder die Gemeinde, weil in vielen Fällen sie selbst die Eigentümer der belasteten Sache sind."[10]) „Die Widmung eines Grundstücks zum öffentlichen Wegeverkehr schafft kein Verhältnis, bei welchem man von einem Servitutberechtigten im Sinne des Privatrechts reden könnte. Die wegebaupflichtige Gemeinde hat keine Verfügungsmacht in Bezug auf diese Eigentumsbeschränkung; sie kann die Servitutberechtigte also nicht sein. Die Wegepolizeibehörde, die allein über den Fortbestand des öffentlichen Charakters und dessen Beseitigung maßgeblich zu befinden hat (§ 57 Pr.Zust.Ges.), kann aber noch weniger als der Servitutberechtigte angesehen werden. Auch das Publikum hat weder im allgemeinen noch in seinen einzelnen Mitgliedern diese Stellung. Ein der Beschränkung des Eigentums gegenüberstehendes Rechtssubjekt ist nicht vorhanden."[11])

Man konstruiert nun die Belastung als eine „objektive Zweckgebundenheit".[12]) Der Beschränkung braucht kein berechtigtes Subjekt mehr gegen-

---

8) a. a. O. S. 109.

9) So die gesamte Theorie und Praxis. Der letzte Verfechter des Dualismus ist Hatschek, Fiskus, 1899.

10) Regelsberger, Pandekten I, S. 426.

11) R.G. vom 16. 6. 1899, Pr.Vw.Bl. 21/197

12) Gierke, Dt.Pr.R. II, S. 20.

über zu stehen. „Es handelt sich lediglich um eine das Objekt betreffende öffentlichrechtliche Einschränkung des Privatrechtsgebietes."[13]) Diese Konstruktion, die allgemein in die herrschende Lehre aufgenommen wurde, bot auch gleichzeitig eine Erklärung für die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs, den man nicht als ein subjektives Recht der einzelnen Benutzer sondern als ein aus der objektiven Gebundenheit der Sache folgendes Reflexrecht ansah.[14])

Doch scheint man sich bei der Annahme dieser subjektlosen Belastung des Privateigentums nicht sehr wohl gefühlt zu haben. Dies beweist das andauernde Bemühen der einzelnen Vertreter der herrschenden Lehre, eine bessere Erklärung für diese Eigenart der Sachen im Gemeingebrauch zu finden. Regelsberger spricht noch von einer „dinglichen Belastung ohne gegenüberstehende Berechtigung".[15]) Becker nennt sie „eine objektive Gebundenheit".[16]) Die Sachen im Gemeingebrauch sind „der öffentlichen Einwirkung dauernd unterworfen"[17]), sie stehen „im öffentlichen Dienst".[18]) Müller[19]) ist der Ansicht, daß sich die Last des Gemeingebrauchs gerade durch ihre Herrenlosigkeit von der dinglichen Last des bürgerlichen Rechts unterscheide. Nach Stammler[20]) ist das Eigentum am öffentlichen Weg durch den Gemeingebrauch „eingedrückt". Eine der neuesten Darstellungen des Rechts der öffentlichen Sache redet von „wesensnotwendiger inhaltlicher Bindung" und von der „immanenten Ordnung der Sache".[21])

Die Vertreter der herrschenden Lehre stimmen trotz der verschiedenen Formulierungen in folgendem überein: Der öffentliche Weg steht im Privateigentum irgend einer Rechtsperson. Dieses Eigentum kann aber nur insoweit frei ausgeübt werden, als der Gemeingebrauch dem nicht entgegen steht. Jede Benutzung des Wegegrundstücks durch Dritte, die über den Gemeingebrauch hinausgeht, kann der Eigentümer mit der Eigentumsfreiheitsklage abwehren. Jeder Sondergebrauch muß daher privatrechtlich zulässig sein.[22])

Der wissenschaftlichen Lehre kommt im materiellen Wegerecht eine so große Bedeutung zu, weil in der Gesetzgebung, die sogar in den einzelnen

---

13) Gierke, a. a. O., S. 25, Anm. 18.
14) Hauptvertr.: G. Jellinek, System der subjekt. öffentl. Rechte, 2. Aufl., S. 67 ff., insbesondere S. 74 f.
15) a. a. O., S. 426.
16) Pandektenrecht I, S. 338 Anm. g.
17) Jellinek, Walter, Verw.R., 3. Aufl., S. 506.
18) Fleiner, Institutionen, 8. Aufl., S. 358.
19) Die Rechtslage der Fernleitungen auf öffentlichen Wegen, 1930, S. 41.
20) Gruch. 70/129 ff.
21) Köttgen, Öffentliches Sachenrecht bei Frank, Dt. Verw. Recht S. 435 f.
22) So auch: v. Köhler, Grundlehren des dt. Verw. Rechts, 1935 S. 302 ff.; Laforet, Dt. Verw. Recht, 1937 S. 206 ff.

Ländern noch mannigfach zersplittert ist, keine grundsätzlichen Bestimmungen über das Eigentum am Wegegrundstück enthalten sind. Dies liegt daran, daß das Wegeeigentum in der Praxis im allgemeinen keine große Rolle spielt. So bezeichnen die Motive zu dem Entwurf einer preußischen Wegeordnung[23]) als den wichtigsten Punkt des Gesetzes die Feststellung der Bauverpflichtungen und halten eine Bestimmung über das Wegeeigentum für überflüssig. Außerdem bemerken sie, daß sich bei den Beratungen der Vorlage eine Regelung der Eigentumsverhältnisse als sehr schwierig herausgestellt habe.[24]) In den einzelnen Wegegesetzen kommt nur gelegentlich zum Ausdruck, daß die Wegegrundstücke im Privateigentum stehen.[25]) Dasselbe läßt sich auch aus § 90 der G.B.O. von 1897 entnehmen.

Die Rechtsprechung hat sich der herrschenden Lehre angeschlossen.[26]) Insbesondere das Reichsgericht geht davon aus, daß die Eigenschaft eines Grundstücks als öffentlicher Weg eine öffentlichrechtliche Einschränkung des Privateigentums sei, und daß dieses Eigentum insoweit frei ausgeübt werden könne, als das Grundstück nicht dem Gemeingebrauch unterliege.

Der herrschenden Lehre hat es aber niemals an Gegnern gefehlt. Die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß infolge des Privateigentums am öffentlichen Weg, dessen Rechtsverhältnis sowohl dem privaten als auch dem öffentlichen Recht angehört, hat immer wieder Wissenschaftler veranlaßt, der herrschenden Lehre eine Theorie gegenüber zu stellen, die diesen Zwiespalt vermeidet. Zunächst sei eine Konstruktion angeführt, die von demselben Standpunkt wie die herrschende Lehre ausgeht, und die deshalb den Zwiespalt auch nicht zu überwinden vermag. Es ist dies die Theorie von Maunz.

Dieser hat in neuester Zeit einen groß angelegten Versuch unternommen, den Konflikt zwischen Privateigentum und Verwaltung im Rechtsverhältnis der öffentlichen Sache zu lösen.[27]) Nach seiner Ansicht muß das Rechtsverhältnis der öffentlichen Sache allein dem Verwaltungsrecht angehören. Das Privateigentum an der öffentlichen Sache will er jedoch wegen der daraus folgenden „Untergrabung der Rechtsstellung des Individuums"[28]) nicht aufgeben. Deshalb versucht er durch ein „rechtskon-

---

23) Drucksachen des Abgeordnetenhauses 1875 Nr. 24.

24) a. a. O., S. 91.

25) So: pr. Ges. z. Ausf. d. Dotationsges. vom 8. 7. 1875, § 18; Wg. O. f. Westpr. von 1905 §§ 2, 7, 9, 47; Wg. O. f. Posen von 1907 §§ 5, 6, 48; Wg. O. f. Ostpr. von 1911 §§ 5, 6, 33, 47.

Das preußische gemeine Eigentum an den Wegen ist spätestens mit der Einführung des BGB. gem. Art. 181 E. G. Eigentum im Sinne des § 903 geworden.

26) z. B. R. G. Z. 125/111 und 132/399, wo zahlreiche Vorentscheidungen aufgezählt sind. Vgl. auch oben S. 25; ferner pr. OVG. 10/192; 36/237; 74/360; Württ. Verw. Gerichtshof, R. Verw. Bl. 34/659.

27) Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933.

28) a. a. O. S. 311.

struktives Wagnis"[29]) die allein öffentlichrechtliche Natur der öffentlichen Sache zu begründen.

Der Kern der ausführlich dargestellten und eingehend begründeten Konstruktion betrifft die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs und fällt insoweit hier aus dem Rahmen.

Die Rechtsordnung tritt nach Maunz in den Rechtsverhältnissen in Erscheinung, denn in ihnen sind die Rechte und Pflichten der einzelnen Volksgenossen festgelegt. Es sind zwei Arten von Rechtsverhältnissen zu unterscheiden: Rechtsverhältnisse im engeren Sinne und Rechtsverhältnisse im weiteren Sinne. Die letzteren sind die Rechtsverhältnisse der Rechtssubjekte untereinander. Sie sind entweder zwei- oder mehrseitig. Ein Rechtsverhältnis im engeren Sinne ist das Verhältnis einer Rechtsperson zur Rechtsordnung. Hier korrespondieren nicht wie beim Rechtsverhältnis im weiteren Sinne Rechte und Pflichten, sondern dieses Rechtsverhältnis ist ein einseitiges Pflichtverhältnis. Es ist die Pflichtstellung eines Rechtssubjektes zur Rechtsordnung. Ein solches einseitiges Rechtsverhältnus ist die öffentliche Sache. Das Pflichtsubjekt dieses Rechtsverhältnisses ist der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Verwaltung als Herr der öffentlichen Sache. Er verpflichtet sich durch die Widmung der Rechtsordnung gegenüber, das körperliche Substrat, z. B. ein Wegegrundstück, für den Gebrauch der Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen und in einem zweckentsprechenden Zustand zu erhalten. Das körperliche Substrat z. B. die Straße als Teil der Erdoberfläche mit Schotter und Teer kann, wie Maunz weiter annimmt, nicht als öffentliche Sache bezeichnet werden. Diese Bezeichnung kommt nur dem Rechtsverhältnis des Verwaltungsträgers zur Rechtsordnung zu, denn dieses stellt das juristische Wesen dessen dar, was der bisherige Sprachgebrauch mit dem Begriff öffentliche Sache ausdrückt. Das Rechtsverhältnis öffentliche Sache ist ausschließlich öffentlichrechtlicher Natur. Ebenso gehören alle sich aus ihm ergebenden rechtlichen Erscheinungen dem öffentlichen Recht an, ohne mit dem Privatrecht in Berührung zu kommen. Mit diesem Rechtsverhältnis öffentliche Sache hat das Eigentum am Substrat nichts zu tun. Es tritt nur vor der Entstehung der öffentlichen Sache in Erscheinung, denn die privatrechtliche Verfügungsfähigkeit des Trägers über das Substrat ist Voraussetzung für die Widmung. Die Einräumung der Verfügungsmacht durch den Eigentümer erfolgt nach den Regeln des Privatrechts. Sie kann jedoch auch durch Enteignung bewirkt werden. Ist die öffentliche Sache entstanden, so hat ihr Träger nichts mehr mit dem Substrateigentümer zu tun, und dieser steht in keinerlei Beziehung zu dem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis öffentliche Sache. Somit ist eine Kollision zwischen Privateigentum und Verwaltungsrecht ausgeschlossen.[30])

29) a. a. O. S. 73.

30) a. a. O. 66 ff. und 194 ff.

Die Konstruktion der öffentlichen Sache als ein Rechtsverhältnis, unter Trennung dieses Begriffes von dem körperlichen Substrat, ist abwegig. Der öffentliche Weg ist nicht nur für den Sprachgebrauch, sondern auch für die Rechtsordnung ein dem Verkehr dienender Teil der Erdoberfläche. Das Wegegrundstück ist nicht nur für das Privatrecht Rechtsobjekt, sondern auch für das Verwaltungsrecht, denn auch dieses stellt Normen auf, die das tatsächliche Verhältnis von Rechtssubjekten zu dem Wegegrundstück regeln. Die Rechte und Pflichten, die sich auf den öffentlichen Weg beziehen, betreffen unmittelbar den körperlichen Weg. Eine Theorie, die das Wegegrundstück als nicht zum Rechtsbegriff öffentlicher Weg gehörig bezeichnet, deckt sich nicht mit der Wirklichkeit. Das Herrschaftsrecht der Verwaltung über das Wegegrundstück und das Herrschaftsrecht des Eigentümers über denselben körperlichen Gegenstand kollidieren in der Praxis ganz konkret auf diesem Grundstück. Maunz konstruiert nun diese beiden Herrschaftsverhältnisse als völlig getrennt nebeneinander bestehend. Dies ist aber bloße Theorie und ohne jede praktische Wirkung. Die beiden kollidierenden Ordnungen haben nur ihre Namen geändert. Nach der herrschenden Lehre heißen sie Privateigentum und öffentliche Verwaltung, bei Maunz heißen sie Privateigentum und öffentliche Sache. Ebenso wie es nach der herrschenden Lehre streitig wird, wie weit die Zweckbestimmung reicht, wird bei der Maunz'schen Theorie streitig, wie weit die öffentliche Sache, d. h. die Rechtspflicht ihres Trägers der Rechtsordnung gegenüber, reicht. Privateigentum und Verwaltung kämpfen nach wie vor um ihre Stellung im Recht der öffentlichen Sache. Maunz verschärft sogar ihren Kampf, denn er betont ihre ideologischen Gegensätze. Er sieht in der Verwaltung die Rechtsnachfolgerin des absoluten Staates, gegen die das Individuum mit allen Mitteln zu schützen ist. Er will nur der Verwaltung durch ihre einseitige Bindung an die Rechtsordnung möglichst enge Schranken gegenüber dem Privateigentum, das unangetastet bleiben soll, auferlegen. Damit hat er das Herrschaftsverhältnis über die öffentliche Sache nicht zu einem einheitlichen Rechtsinstitut gemacht. Maunz hat die auf der Fiskuslehre beruhende dualistische Theorie nicht überwunden. Im Gegenteil, seine Konstruktion stellt in gewisser Hinsicht, wie Maunz später einmal ausgeführt hat, einen „Rückfall in die Formallogik der überwundenen Begriffsjurisprudenz"[31]) dar.

Aus einer grundsätzlich anderen Einstellung heraus versuchte eine Reihe von Theorien den Dualismus der herrschenden Lehre zu überwinden. Sie gehen nicht von der „Rechtsstellung des Individuums" sondern von dem Gemeingebrauch an der öffentlichen Sache aus. Bei ihnen klingt ähnlich wie bei Besold noch deutlich der alte Allmendgedanke an.

31) Maunz, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechtes 1934 S. 20.

Sie kommen daher zur Ablehnung des Privateigentums und zur Annahme eines öffentlichen Eigentums an den Sachen im Gemeingebrauch.

Der erste Verfechter dieser Ansicht ist Schwab.[32]) Er macht einen Unterschied zwischen Staatseigentum im engeren Sinne und Staatsprivateigentum. Das letzte steht der „juristischen Person Staat" zu.[33]) Die diesem Eigentum unterliegenden Gegenstände — das heutige Finanzvermögen — sind im gewöhnlichen Sinne verkehrsfähig. Das Staatseigentum im engeren Sinne steht dem „Staat als solchem" zu,[34]) Die Gegenstände dieses Eigentums, zu denen die öffentlichen Straßen gehören, sind res extra commercium. Dieses Staatseigentum im engeren Sinne ist ein öffentliches Eigentum und gewährt dem Staat „eine öffentlichrechtliche, einem sog. Hoheitsrecht am nächsten kommende Befugnis".[35]) Es erhält seinen besonderen Charakter durch die Bindung an den Gemeingebrauch, dem diese öffentlichen Sachen unterliegen.

Schwabs öffentliches Eigentum ist ein unklarer Begriff. Er hat sich in Widerspruch zu der in seiner Zeit herrschenden Fiskuslehre gesetzt und vermochte sie nicht zu überwinden. Er schreibt der damals als eigentumsunfähig behandelten Staatsperson Eigentum, das allerdings kein Privateigentum sein soll, zu, ohne sich dabei selbst sicher zu fühlen. In der Anmerkung 80, Seite 57, schreibt er über das öffentliche Eigentum: „Der Rechtsgrund dieser sämtlichen Befugnisse könnte allerdings aus der Staatsgewalt überhaupt abgeleitet werden, ohne daß es nötig wäre, hierfür noch einen besonderen Rechtstitel in dem öffentlichen Eigentum zu suchen." Die Scheidung von Gebietshoheit und öffentlichem Eigentum ist Schwab nicht gelungen. Dies lag auch daran, daß zu seiner Zeit die Gebietshoheit als ein dingliches Recht des Staates am Grund und Boden des Landes angesehen wurde.[36]) Schwabs Abhandlung bleibt aber bemerkenswert, weil er der erste ist, der das Recht der öffentlichen Sache bewußt als ein Grenzproblem zwischen privatem und öffentlichem Recht behandelt, und weil er sieht, das in diesem Fall das Privateigentum dem Verwaltungsrecht weichen muß.

Verwandte Gedankengänge vertraten Jhering und Keller im Basler Schanzenstreit. Jhering konstruiert die Rechtsnatur der öffentlichen Sachen wie folgt.[37]) Von den beiden möglichen Arten rechtlicher Sachherrschaft, nämlich exklusiver und allgemeiner Gebrauch, liegt bei den öffentlichen Sachen, zu denen auch die öffentlichen Wege gehören, der Gemeingebrauch

---

32) Arch. f. d. Zivil. Praxis 30. Bd. Beiheft.
33) a. a. O. S. 31.
34) Ebenda.
35) a. a. O., S. 32.
36) Vgl. oben S. 13.
37) Vermischte Schriften S. 143 bis 152.

vor. Damit ist das Privateigentum als das Rechtsinstitut des exklusiven Gebrauches ausgeschlossen. Der Gemeingebrauch verleiht der öffentlichen Sache ihre besondere Rechtsnatur. Er macht sie zur res extra commercium. An Stelle der Berechtigung des Eigentümers tritt hier das Recht der „unbestimmten Vielheit"[38]) auf den Gebrauch. Der sogenannte Eigentümer der öffentlichen Sache, nämlich der Staat oder eine Gemeinde, hat an ihr nicht den Nießbrauch, also ein inhaltloses Eigentum, das man nicht mehr Eigentum nennen kann. Diese Beziehung des Staates oder einer Gemeinde zu den öffentlichen Sachen ist nur „die Rückseite des Gemeingebrauches".[39]) Keller nennt diese Beziehung ein reines Hoheitsrecht.[40])

Ihering und Keller ist es aber nicht gelungen, ihren Gedanken, in denen alte deutsche Rechtsanschauungen stecken, eine dem modernen Rechtsleben entsprechende Fassung zu geben. Die Schaffung einer neuen Kategorie Gemeingebrauch ist verfehlt, da die „Destinatäre"[41]) kein Recht an der öffentlichen Sache haben und auch keine entsprechende Herrschaft ausüben. Mit Recht hat Dernburg darauf hingewiesen, daß es Sachen gäbe, die unbestritten im Privateigentum einzelner und zugleich auch im Gemeingebrauch stünden. Mit der „Rückseite des Gemeingebrauches" und dem reinen Hoheitsrecht ist nicht viel gesagt. Keller und Ihering sind als Zivilisten nicht weiter auf dieses öffentlichrechtliche Verhältnis eingegangen. Diese zivilistische Einseitigkeit hinderte sie, ihre Lehre weiter auszuwerten. Trotzdem ist ihre Theorie für die Wissenschaft fruchtbar geworden, denn ihre Grundgedanken lebten weiter fort.

An ihre Lehren knüpft Eisele[42]), ebenfalls ein Zivilrechtslehrer, an. Er suchte ihre Ergebnisse systematisch zu unterbauen, hatte aber ebensowenig wie seine Vorgänger einen praktischen Erfolg gegen die herrschende Lehre.

Anders als Schwab, Keller und Ihering mit ihrem unklaren Hoheitsrecht stellt er dem Privateigentum an den öffentlichen Sachen ein öffentliches Eigentum entgegen. Darunter versteht er ein dem privaten Eigentum entsprechendes Eigentum des öffentlichen Rechts. Er hat dies zu einem selbständigen Rechtsinstitut ausgebildet, und m. E. gebührt Eisele und nicht Otto Mayer der Name des Begründers des öffentlichen Eigentums. Die Darstellung seiner Lehre beginnt Eisele mit dem Satz: „Das Rechtsverhältnis der öffentlichen Sachen gehört, und zwar ganz und nach allen Seiten, dem ius publicum an."[43]) Zum Beweis führt er folgendes aus, wobei er sich hauptsächlich auf römische Quellen stützt.

38) a. a. O., S. 145.
39) a. a. O., S. 151.
40) Der Rechtsstreit, S. 96.
41) Ihering, a. a. O., S. 145.
42) über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu, Basel 1873.
43) a. a. O., S. 21.

Die Bestimmung einer öffentlichen Sache, z. B. eines öffentlichen Weges, zum öffentlichen Dienst wird dem Eigentum an der Sache immanent. Dieses „Zweckeigentum“[44]) widerspricht dem Privateigentum mit seiner „Freiheit des Eigentümers in der Wahl der Genußformen“.[45]) Der Zweck des Eigentums an der öffentlichen Sache ist Dienst für das Gemeinwesen. Dies ist der das öffentliche Recht beherrschende materielle Grundsatz. Die Sachherrschaft des Staates über die öffentlichen Sachen ist also öffentlichrechtlicher Natur; sie ist publizistisches Eigentum, d. h. „dasjenige Eigentum, welchem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent ist“.[46]) Dabei ist es nichts Neues, wenn ein technischer Ausdruck des Privatrechts mit modifizierter Bedeutung auch im öffentlichen Recht verwandt wird. „Gerade die Gemeinschaft des juristischen Typus ist es, welche mich bestimmt, das publizistische Recht des Staates an den öffentlichen Sachen als Eigentum zu bezeichnen.“[47]) Aus dem öffentlichen Eigentum ergibt sich die Extrakommerzialität der öffentlichen Sachen und das Recht des Staates auf ihre sich neben dem Gemeingebrauch ergebenden Nutzungen. Der Gemeingebrauch ist keine Eigentumsbeschränkung; „öffentliches Eigentum und Gemeingebrauch sind begrifflich untrennbar“.[48]) Subjekte des öffentlichen Eigentums können nur die publizistischen Personen Staat und Gemeinden sein. Das öffentliche Eigentum entsteht aus dem Privateigentum des Staates durch einen hoheitlichen[49]) Akt, welcher die Sache zum Gemeingebrauch bestimmt. Durch die Einziehung wird die Sache wieder dem Privatrecht unterstellt, und der Staat ist wieder Privateigentümer. Dem Schutz des öffentlichen Eigentums dienen die rei vindicatio und Popularinterdikte, doch kann auch die Staatsgewalt unmittelbar zum Schutz der öffentlichen Sache einschreiten.[50]) An der öffentlichen Sache können Sonderrechte Privater bestehen; ihre Begründung und Ausübung gehört aber ebenfalls dem öffentlichen Recht an.[51])

Auch Eisele hatte keinen Erfolg gegen die herrschende Lehre. Das öffentliche Eigentum fand erst Beachtung, als Otto Mayer es in ein verwaltungsrechtliches System brachte und es gegen seine zahlreichen Gegner lebhaft verteidigte. Er führt aus[52]):

Die Idee des öffentlichen Eigentums ergibt sich aus der inhaltlichen Verschiedenheit der Herrschaft, die die Verwaltung über Sachen ausübt.

---

44) a. a. O., S. 23.
45) Ihering, zit. bei Eisele, a. a. O., S. 22.
46) a. a. O., S. 24.
47) a. a. O., S. 24 f.
48) a. a. O., S. 28.
49) Näher ausgeführt a. a. O., S. 35 f.
50) a. a. O., S. 36 f.
51) a. a. O., S. 38 f.
52) Dt. Verw. Recht II, 2. Aufl., S. 71 ff.

Der Staat lebt zwar grundsätzlich nach öffentlichem Recht, aber er hat an den Sachen, die er zur Durchführung seiner Verwaltungsaufgaben braucht — Finanz- und Verwaltungsvermögen —, Privateigentum, d. h. die Sicherung und Ordnung dieser Sachherrschaft gegenüber andern Rechtssubjekten erfolgt nach dem Grundsatz der rechtlichen Gleichheit aller in Betracht kommenden Rechtspersonen. Dagegen hat die Herrschaft des Staates über die Sachen im Gemeingebrauch einen anderen Inhalt, und der Rechtsschutz dieser Herrschaft unterliegt anderen Grundsätzen. Die öffentliche Sache im Gemeingebrauch dient nämlich nicht einem von der Verwaltung angestrebten Zweck, wie die anderen dem Staate gehörigen Sachen, sondern sie ist bereits verwirklichter Zweck, denn es ist die Eigentümlichkeit der öffentlichen Sache, durch ihre äußere Beschaffenheit unmittelbar dem Gemeinwesen zu dienen. Ein in die Verwaltung eingegliederter Weg ist nicht Mittel der Verwaltung, sondern verwirklichte Verwaltung. Die bloße Zugehörigkeit eines Weges zum Rechtssubjekt Staat ist ein Stück öffentlicher Verwaltung. Deshalb kann dieses Zugehörigkeitsverhältnis nicht auf der Grundlage rechtlicher Gleichheit aller mit ihm in Berührung kommender Rechtssubjekte in die Rechtsordnung eingefügt werden; d. h. der Staat kann an den öffentlichen Sachen kein Privateigentum haben. Die Privatrechtsordnung ist ganz auf den freien Verkehr der Güter eingestellt und hat deswegen keinen Sinn für die Gebundenheit der öffentlichen Sachen an ihren unmittelbaren Verwaltungszweck. In seinem Herrschaftsverhältnis über die öffentliche Sache muß der Staat, wie es auch sonst die Regel ist, als Träger hoheitlicher Gewalt auftreten. Nur so wird man der Eigenart der öffentlichen Sache, „empfindlich zu sein gegen jede rechtliche Bestimmung, die nicht planmäßig in ihren Zweck eingeordnet ist"[53]), gerecht. Ihre Eigentumsordnung muß im öffentlichen Recht bleiben, es handelt sich um ein öffentliches Eigentum. Dieses ist ein öffentlichrechtliches Institut und vermeidet den Zwiespalt zwischen privatlichem Eigentümer und der öffentlichen Verwaltung. Subjekt dieses öffentlichen Eigentums ist der Staat oder die ihm untergeordneten selbständigen Verwaltungsträger. Dieses Eigentum entsteht aus dem Privateigentum mit der Widmung und wandelt sich mit der Einziehung der öffentlichen Sache wieder in Privateigentum um. Es bewirkt keine Verkehrsunfähigkeit der öffentlichen Sache. Sie kann veräußert werden, jedoch kann der Erwerber auch nur ein Verwaltungsträger sein. Es handelt sich also dabei um eine Verwaltungsverschiebung. Ferner können auch Privatpersonen subjektive Gebrauchsrechte an der öffentlichen Sache durch Verleihung erwerben. Dem bürgerlichen Recht ist die öffentliche Sache entzogen. „Der Staat als Herr der öffentlichen Sache ist nicht Fiskus, lebt nicht nach Untertanen-

---

53) a. a. O., S. 103.

recht."[54] Der Staat kann nicht nach Privatrecht mit ihr verfahren, und Dritte können keine privaten Rechte an ihr erlangen. Der Rechtsschutz des öffentlichen Eigentums wird nicht durch Klagen sondern nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts durch die Polizei der öffentlichen Sache gewährleistet. Die rechtliche Zugehörigkeit der öffentlichen Sache zu einem Verwaltungsträger kann aber verschieden stark sein. Neben dem öffentlichen Eigentum steht als ein weniger festes Zugehörigkeitsverhältnis die öffentliche Dienstbarkeit, „ein Recht an der Sache, vermögen dessen öffentliche Verwaltung durch sie unmittelbar geführt wird".[55] In diesem besonderen Fall bleibt das Privateigentum an der Sache bestehen. Seine Ausübung ist aber, soweit sie der Zweckbestimmung entgegensteht, unzulässig. Aus diesen besonders gelagerten Fällen können aber keine grundsätzlichen Schlüsse über die Rechtsnatur der öffentlichen Sache gezogen werden. Die lockerste Beziehung der Verwaltung zu einer öffentlichen Sache ist der öffentliche Besitz. Dieser Fall erscheint aber nur ausnahmsweise; er ist nur ein Übergangszustand. Die privaten Rechte an der Sache erleiden dem Rechte nach keine Einschränkung, können sich aber nicht gegen den polizeilich geschützten Besitz wenden, soweit dieser für die Verwaltungszwecke erforderlich ist.[56]

Die Lehre vom öffentlichen Eigentum ist m. E. heute zumindest insoweit anzuerkennen, als sie die einheitliche Herrschaft der Verwaltungsbehörde über den öffentlichen Weg fordert. Wie weit sie aber zur Neugestaltung des Eigentums am öffentlichen Weg herangezogen werden kann, können erst die späteren Erörterungen ergeben.[57]

---

54) a. a. O., S. 117.

55) a. a. O., S. 96.

56) Gesetzliche Fälle von öffentlichem Besitz neuerdings: G. über die Reichsautobahn vom 18. 12. 1933, § 9 a; VO. zur Durchführung der Arbeitsbeschaffung vom 16. 5. 1933.

57) Zur Zeit tritt Friedrich List für die Lehre Otto Mayers ein. Vgl. Verwaltungsrecht technischer Betriebe, S. 156 ff., und Energierecht, S. 42 ff.

IV.

Die Mängel der herrschenden Lehre

Der herrschenden Lehre hat Otto Mayer vorgeworfen[58]), daß alle ihre Formulierungen nur schlechte Verhüllungen der auf der dualistischen Fiskustheorie beruhenden älteren Lehre seien, und daß sie in Wirklichkeit noch immer mit den beiden Staatspersonen arbeite. Diese Kritik ist berechtigt. Nach ihrer Entstehungsgeschichte beruht die herrschende Lehre auf der alten Fiskustheorie, und nur notgedrungen nahm sie die subjektlose Belastung an, nachdem ein Subjekt weggefallen war. Bis dahin vermochte die herrschende Lehre eine befriedigende Erklärung für die Rechtsnatur der öffentlichen Sachen zu geben. Deren Stellung zwischen privatem und öffentlichem Recht war durch das Vorhandensein der Fiskusperson erklärt. Nach dem Wegfall dieses Subjektes verlor die Rechtsstellung der Sachen im Gemeingebrauch ihren Halt. Privates und öffentliches Recht, d. h. hier Eigentum und Verwaltungsrecht, fügen sich nun nicht mehr lückenlos zusammen. Die Bruchstelle wurde, da weder das Eigentum noch die Verwaltung etwas von ihrer Rechtsstellung verlieren sollten, und dadurch keine Entscheidung nach der einen oder der anderen Seite herbeigeführt werden konnte, durch die Konstruktion der objektiven Zweckgebundenheit überdeckt.

Die subjektlose Belastung ist eine begriffliche Unmöglichkeit. Ein Recht gegenüber dem Eigentümer ohne Berechtigten kann kein Recht ihm gegenüber sein. Auch die „immanente Ordnung" verdeckt nur diese Schwierigkeit, ohne sie zu beheben. Immanent ist einer Sache überhaupt keine Ordnung. Diese wird erst durch den Menschen in sie hineingelegt. Die Rechtsordnung kann nur dem an einer Sache Berechtigten Bindungen auferlegen, nicht aber der Sache selbst. Die herrschende Lehre weiß keine Erklärung dafür zu geben, was mit dem Recht, das im Augenblick der Widmung eines Weges aus dem Eigentum abgespalten wird und nach der Einziehung wieder zurückkehrt, geschieht. Die Schwierigkeit, über die die herrschende Lehre nicht Herr geworden ist, ist das Verhältnis des Wegeeigentums zu dem Eigentumsbegriff des § 903 BGB. Die objektive Zweckbestimmung steht mit dem § 903 in Widerspruch, denn dieser kennt nur eine

58) Dt. Verw. Recht II, 2. Aufl. S. 90.

Eigentumsbeschränkung durch Gesetze oder Rechte Dritter. Durch Gesetz wird zwar die bestehende Belastung des Wegeeigentums mit dem Gemeingebrauch aufrecht erhalten[59]), aber sie wird in der Regel nicht durch Gesetz, sondern durch den Widmungsakt begründet. Es kommt also nur Belastung durch Rechte Dritter in Betracht. Eine herrenlose Last läßt der § 903 nicht zu. Steht das Eigentum am Wegekörper einem Privatmann oder einer Kommune zu, dann kann der Staat das Subjekt der Belastung sein. Wie ist es aber, wenn der Staat Eigentümer des Grundstücks ist? „Unter diesen Umständen ist der Staat als Fiskus sich selbst als publizistisches Herrschaftssubjekt unterworfen."[60]) Dies ist also noch immer die bereits allgemein überwundene dualistische Fiskustheorie.

Aber auch abgesehen von dieser systematischen Inkorrektheit hat die herrschende Lehre erhebliche praktische Mängel. Eigentümer der öffentlichen Wege waren seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts die einzelnen deutschen Staaten[61]), die Gemeindeverbände, die Gemeinden und auch einzelne Privatleute. Das Wegeeigentum stand häufig nicht der Wegeverwaltungsbehörde oder dem Baulastträger, sondern irgend einem anderen zu. Diese doppelte Wegeherrschaft hatte naturgemäß Kompetenzzweifel und Gegensätze der Wegeherren zur Folge, die einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Weges nur hinderlich sein konnten. Die neueren preußischen Provinzialwegeordnungen hatten die Gefahr des Auseinanderfallens von Wegeverwaltung und Wegeeigentümer zwar dadurch herabgemindert, daß der Eigentümer verpflichtet war, sein Eigentum gegen Entschädigung auf den Wegeunterhaltungspflichtigen zu übertragen, wenn es im Interesse des öffentlichen Verkehrs oder sonst zu einer ordnungsmäßigen Wegeunterhaltung erforderlich war.[62]) Wie ein Blick in die Entscheidungssammlungen zeigt, gab es im übrigen aber noch genug Konflikte und Kompetenzüberschneidungen. Die Entscheidung R.G.Z. 132/398 ff. zeigt deutlich die Verschiedenheit der Zuständigkeiten. Hier hat die Baupolizei und die Wegepolizei die Anlage eines von einem Anliegergrundstück auf die Straße reichenden Schutzdaches genehmigt. Dieses Vordach ist aber ohne Rücksicht auf diese Genehmigungen unter Umständen auf Verlangen des Eigentümers des Wegegrundstückes zu entfernen, denn die Erklärungen der Behörden, daß gegen eine derartige Benutzung der Straße keine

59) So durch § 1 RStVO. vom 22. 5. 1934.

60) Lassar, Grundbegriffe, S. 6.

61) Nur in Preußen (Ges. z. Ausf. d. Dotationsges. v. 8. 7. 1875), in Hessen (Kunststraßengesetz vom 12. 8. 1896) und noch einigen anderen Ländern war das Eigentum an den Staatsstraßen auf die nachgeordneten Verwaltungsträger übertragen worden.

62) Wege O. Prov. Sachsen 1891, § 11; Wege O. Westpr. § 7; Wege O. Posen § 6; Wege O. Ostpr. § 6.

polizeilichen Bedenken bestehen, sind für die privatrechtliche Zulässigkeit der Anlage ohne Belang.

Nach der herrschenden Lehre ist der Wegeeigentümer zuständig für die Genehmigung eines über den Gemeingebrauch hinausgehenden Sondergebrauchs[63]), soweit nicht die Aufnahme besonderer Anlagen durch Gesetz vorgeschrieben ist, wie z. B. durch das Telegraphenwegegesetz vom 18. 12. 1899 und durch den § 5 der Wegeordnung für Posen von 1907. Diese Zuständigkeit des Eigentümers konnte für eine ordnungsgemäße Wegeverwaltung sehr störend sein, und zwar einmal deswegen, weil er die Genehmigung ohne Rücksicht auf die Erfordernisse des Straßenverkehrs und des baulichen Zustands des Weges erteilen konnte, und zum anderen, weil er die Genehmigung versagen konnte, trotzdem ein allgemeines Interesse an der Gestattung des Sondergebrauchs bestand. Das letztere trat vor allem bei der Anlage von Gas-, Wasser- und Elektrizitätsleitungen in Erscheinung. Der Unternehmer dieser Versorgungsleitungen mußte mit dem Wegeeigentümer einen Wegebenutzungsvertrag abschließen, in welchem sich der Eigentümer, besonders wenn es sich um eine in Finanznot befindliche Gemeinde handelte, oft recht hohe Barabgaben versprechen ließ.[64]) Häufig versagte eine Gemeinde aus lokalen Interessen die Genehmigung ohne Rücksicht auf überörtliche Interessen. Dies widersprach vollkommen dem Sinn der Wege als Verkehrsadern.[65]) Speckhard[66]) bezeichnet die Befugnis des Wegeeigentümers als ein direktes Hemmnis für die Ausbreitung der Elektrizität.[67])

Die Genehmigung des Eigentümers genügte aber nicht, soweit die Ausübung eines Sondergebrauchs den Gemeingebrauch stören konnte, — z. B. eine Straßenbahn oder Tische und Stühle vor einem Restaurant — oder den baulichen Zustand der Wege gefährden konnte — z. B. eine Kanalisation. Es war deshalb außerdem noch die Genehmigung der Verwaltungsbehörde erforderlich. Dies konnte je nach der Organisation der Wegeverwaltung und je nach der Art der Sondernutzung die Wegeaufsichtsbehörde (in Preußen die Wegepolizei), der Wegebaupflichtige, die Verkehrspolizei[68]) oder mehrere von diesen sein. Für den Unternehmer war also die Erlangung eines Sondergebrauchs recht kompliziert, da ihm die Genehmigung des Eigentümers nichts nützte, wenn die Verwaltungs-

63) Als Beispiele führt Persche, Ztschr. f. Kommunalwirtschaft 1933/145 u. a. an: Transport von Dampfkesseln und anderen schweren Lasten.

Weitere Sondergebrauchsarten s. Oertel, Die Städteordnung, 7. Aufl., S. 208 ff.

64) Parisius, Ztschr. f. öffentl. Wirtschaft 1935/123.

65) Vgl. dazu auch Todt, Vom Zweck der Straße, ZAkdR 1937/624.

66) Zur Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft, Berlin 1920.

67) Vgl. ferner die Ausführungen Henkes bei Henke, Müller, Rumpf, Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 12 ff.

68) Vgl. § 42 der RStVO. vom 13. 11. 1937.

behörde ihre Zustimmung versagte, und er mit der Erlaubnis der Behörde nichts anfangen konnte, wenn ihm die privatrechtliche Befugnis zur Benutzung des Wegegrundstücks fehlte.

Eine weitere nicht weniger praktische Frage, die die doppelte Wegeherrschaft aufwarf, war: wer ist Eigentümer der Pflastersteine, mit denen der Wegeunterhaltungspflichtige das Wegegrundstück befestigt hat? M. E. gehören die Steine gemäß § 94 BGB dem Wegeeigentümer, denn es handelt sich um mit dem Grund und Boden fest verbundene Sachen. Die Ausnahmen des § 95 BGB liegen nicht vor, weil die Pflastersteine nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind, und weil sie auch nicht in Ausübung eines dinglichen Rechts mit dem Wegegrundstück verbunden worden sind. Es ergab sich somit die wohl von niemand als zweckmäßig anzusehende Lage, daß der Baulastträger über die Pflastersteine, die er aus einem Wegegrundstück herausgenommen hatte, und die er vielleicht bei einem anderen Weg noch gut gebrauchen konnte, nicht ohne Einwilligung des Wegeeigentümers verfügen durfte. Auch dieser Fall zeigt die Notwendigkeit, die Wegeherrschaft zu vereinheitlichen.

Aus der doppelten Wegeherrschaft ergab sich auch eine doppelte Gerichtsbarkeit. Streitigkeiten über Wirksamkeit und Umfang der Beschränkung des Eigentums durch den Gemeingebrauch, d. h. darüber, ob und inwieweit der Verwaltungsakt der Widmung stattgefunden habe, und Streitigkeiten über auf der Widmung beruhende Ansprüche wurden vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen. Als Beispiele aus der großen Zahl der Entscheidungen seien genannt: Pr.O.V.G. 74 360 ff.: Wegeeigentümer will der Stadtverwaltung die Anlage der Straßenbeleuchtung untersagen; Pr.O.V.G. in Pr.Verw.Bl. 12 87: Benutzung der Straßenböschung durch den Eigentümer; Pr.Verw.Bl 35 76: Wegepolizeibehörde gegen Eigentümerin, die Leitungsmasten auf ihrem Wegegrundstück errichten will.

Soweit die Ausübung des nicht durch den Gemeingebrauch beschränkten Eigentums streitig war, waren die bürgerlichen Gerichte zuständig. Es handelte sich hier vor allem um die Zulässigkeit eines Sondergebrauches. Dabei tauchte regelmäßig die Frage auf, wie weit das Eigentum nicht beschränkt war. Daher war auch in diesen Prozessen die Entscheidung über den Umfang des Gemeingebrauchs von ausschlaggebender Bedeutung. Diese Frage unterlag somit der Beurteilung der Verwaltungsgerichte und der ordentlichen Gerichte. Als Beispiel sei die Entscheidung des Reichsgerichts in J.W. 1900 569 angeführt. Hier klagt eine Gemeinde als Wegeeigentümerin gegen einen Gastwirt, der Tische und Stühle vor sein Lokal auf die Straße gestellt hat, auf Zahlung eines Entgeltes oder Räumung, und das Gericht kommt zu der Feststellung, daß die Heranziehung der Straße zu dem Gewerbebetrieb des Beklagten nicht mehr im Rahmen des Gemeingebrauches liegt, und daß diese Art der Straßenbenutzung ein un-

zulässiger Eingriff in das Eigentum der Klägerin ist. Diese Entscheidung über den Umfang des Gemeingebrauchs war verhältnismäßig einfach. Dagegen haben Wegebenutzungsarten, die mit der Entwicklung der modernen Technik zusammenhängen, zu Auseinandersetzungen[69]) und zu sich widersprechenden Entscheidungen geführt, z. B. R.G.Z. 123/187 und 150/216, wo Wegeeigentümer gegen Tankstellen auf Anliegergrundstücken vorgehen.[70])

Das Problem der doppelten Gerichtsbarkeit wurde vor allem akut bei der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges. Zu welchen Widersprüchen hier die zwiespältige Konstruktion der herrschenden Lehre führte, zeigen die folgenden beiden Reichsgerichtsentscheidungen, die innerhalb eines halben Jahres ergangen sind.

Urteil des VII. Zivilsenats vom 17. 9. 1901[71]): Von einem Anliegergrundstück führt eine Trittbrücke auf die im Eigentum der Stadtgemeinde stehende öffentliche Promenade. Der Anlieger klagt gegen die Stadt mit dem Antrag: 1. die Beklagte hat sich jeder Störung der Überbrückung und ihrer Benutzung zu enthalten, 2. die Beklagte hat zu dulden, daß der Kläger die an seinem Grundstück vorübergehende Promenade zum Gehen von und zu seiner Besitzung benutzt und sich dazu, wo es ihm paßt, Zugänge der üblichen Art anlegt. Er begründet diesen Antrag damit, daß die Brücke schon über 30 Jahre bestehe, und damit, daß er als Anlieger das Recht habe, auf der Promenade zu verkehren und sich den dazu erforderlichen Zugang zu verschaffen. Das Gericht bejaht die Zulässigkeit des Rechtsweges, weil sich die Klage gegen die Stadt als Wegeeigentümerin richte; nach Ansicht des Klägers sei das Eigentum der Stadt mit seinem Recht belastet; der Rechtsstreit beträfe daher eine Grunddienstbarkeit auch hinsichtlich des Klageantrages zu 2.

Urteil des V. Zivilsenats vom 19. 2. 1902[72]): Ein Anlieger verlangt von dem Eigentümer einer Landstraße, daß dieser eine Brücke von dem Anliegergrundstück auf die Straße dulde, denn er habe ein Recht auf die Benutzung des öffentlichen Weges als Zugang zu seinem Grundstück. Das Reichsgericht verneint die Zulässigkeit des Rechtsweges mit folgender Begründung: Das Eigentum am öffentlichen Weg ist durch den Gemeingebrauch und die daraus sich ergebenden, im öffentlichen Recht begründeten Befugnisse beschränkt. Wie weit diese Befugnisse reichen, ist eine Frage des öffentlichen Rechts. Der Anlieger leitet sein Recht aus dem Gemeingebrauch und nicht aus einem privatrechtlichen Verhältnis her. Mithin liegt hier kein bürgerlicher Rechtsstreit vor.

---

69) z. B. Stammler, Gruch. 70/129 ff.; Scheuner, Z. Ak. d. R. 37/484.

70) Weitere Beispiele: RGZ. 123/181 ff.: Eigentümer gegen Lichtreklame; RGZ. 125/108 ff.: Eigentümer gegen Straßenhändlerstand.

71) Pr.Verw.Bl. 23/57.

72) JW. 1902/218.

Bei den Kompetenzentscheidungen weitete das Reichsgericht seinen justizstaatlichen Tendenzen entsprechend den privatrechtlichen Grundgedanken der herrschenden Lehre noch weiter aus und griff immer mehr in den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit über.[73] Dies zeigt die Entscheidung vom 26. 4. 1911[74]: Gegen den Kläger war wegen unbefugter Benutzung eines dem Fiskus gehörigen Weges eine polizeiliche Strafverfügung ergangen. Er klagt mit der Behauptung, der streitige Weg sei ein öffentlicher Weg, gegen den Fiskus auf Feststellung, daß er berechtigt sei, diesen Weg zu benutzen. Das Reichsgericht hält den Rechtsweg für zulässig, weil der Gegenstand des Rechtsstreites genau der gleiche sei, wie wenn der Fiskus mit Klage aus § 1004 BGB. gegen den Kläger vorgegangen sei; es handele sich hier um die Frage der Freiheit des Eigentums gegen Störungen und damit um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit. Diese Begründung erscheint außerordentlich gesucht, denn der Kern dieses Rechtsstreites ist die Frage, ob der Weg ein öffentlicher ist oder nicht, und der Anspruch des Klägers stützt sich auf die angebliche Widmung und nicht auf ein privatrechtliches Nutzungsrecht gegenüber dem Eigentümer.

Schließlich seien noch zwei für die Auswirkung der herrschenden Lehre in der Praxis charakteristische Entscheidungen angeführt.

Urteil des O.L.G. Hamm vom 9.1.1926[75]: Eine Behörde, die Spitze eines Kommunalverbandes und zugleich Wegepolizeibehörde ist, hat die Überquerung einer ihr gehörigen Straße durch eine Starkstromleitung kraft ihres kommunalen Eigentums untersagt. Das Elektrizitätsunternehmen verklagt sie aus § 905 S. 2 BGB auf Duldung. Die Beklagte macht geltend, sie habe einmal ein ästhetisches Interesse an der Untersagung, und zum anderen gefährde die Hochspannungsleitung die Sicherheit des Straßenverkehrs. Das Gericht bejaht die Zulässigkeit des Rechtsweges nach §§ 13 G.V.G., 4 E.G.Z.P.O., weil die Behörde als Kommunalverband und damit als Eigentümerin der Straße auftritt, und läßt offen, wie zu entscheiden wäre, wenn sie in ihrer Eigenschaft als Wegepolizeibehörde auftreten würde. Es verneint ein ästhetisches und ein sonstiges Interesse der Beklagten an der Ausschließung und verurteilt sie zur Duldung der Überquerung, da sie auch eine Gefährdung des Verkehrs nicht dargetan habe. In der Besprechung dieser Entscheidung meint Meisner[76], das Gericht hätte gemäß § 139 ZPO. die Beklagte fragen müssen, ob sie nicht nur als Eigentümerin der Straße sondern auch als Wegepolizeibe-

73) Hofacker, Ztschr. f. Kommunalwirtschaft. 1933/470: „In kein Gebiet der Verwaltung hat die Zivilrechtsprechung so unbefugt und mit so wenig Erfolg sich eingemischt wie in das Wegewesen."

74) Gruch. 55/1043 ff.

75) JW. 1927/2533.

76) a. a. O.

hörde auftrete, und hätte dann bejahendenfalls zur Feststellung der Unzulässigkeit des Rechtsweges kommen müssen.

Die Entscheidung, die den Anlaß zur Entstehung des Telegraphenwegegesetzes gab, nämlich R.G.Z. 42/205ff., ist besonders typisch für die dem Eigentümer durch die herrschende Lehre gegebene Möglichkeit, dem Gemeininteresse zuwider zu handeln. Die Stadtgemeinde Breslau klagte gegen den Postfiskus auf die Feststellung, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, ohne ihre Genehmigung Leitungen über die ihr gehörenden Straßen zu legen. Nachdem die beiden ersten Instanzen den Rechtsweg für zulässig erklärt und den Beklagten antragsgemäß verurteilt hatten, erhoben die Minister des Innern und der öffentlichen Arbeiten den Kompetenzkonflikt. Der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte erklärte jedoch ebenfalls den Rechtsweg für zulässig. Das Reichsgericht wies die Revision zurück und führte aus, daß der Wegeeigentümer alle über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungsarten, wozu auch die Anlage der Leitungen des Beklagten gehörten, mit der Eigentumsfreiheitsklage abwehren könnte.

Die Mängel, die sich aus der herrschenden Lehre ergeben haben, beruhen auf der doppelten Wegeherrschaft des Eigentümers und der Verwaltung und auf der Doppelstellung des Wegerechts im privaten und öffentlichen Recht. Es ist nun die Aufgabe der neuen deutschen Wegegesetzgebung, diese Mängel zu beseitigen. Im folgenden soll der Versuch unternommen werden, die Frage nach der Neugestaltung des Wegeeigentums einer Lösung näher zu bringen.

Bevor jedoch an diese Erörterung herangegangen werden kann, muß zunächst die heutige Wandlung der Rechtsordnung, soweit sie auf die Gestaltung des Wegeeigentums Einfluß haben kann, untersucht werden.

V.

Neue Grundlagen des Eigentums am öffentlichen Weg

Das Eigentum am öffentlichen Weg ist nur ein kleiner Ausschnitt aus der Rechtsordnung und mit ihrer Gesamtgestaltung eng verflochten. Es läßt sich nicht ohne Betrachtung seiner Zusammenhänge mit dem System begreifen. Sein Inhalt ist von der Gestaltung ihm übergeordneter Begriffe abhängig. Dies sind heute wie schon früher die Begriffe öffentliches und privates Recht und der Eigentumsbegriff. Sie sind die Grundlagen des Wegeeigentums. Ihre Entwicklung in dem großen Umbildungsprozeß unserer Tage ist entscheidend für eine neue Gestaltung des Eigentums am öffentlichen Weg. Sie müssen daher hier erörtert werden, und zwar sollen zunächst die Begriffe öffentliches und privates Recht untersucht werden.

Die seit Jahrhunderten bestehende Spaltung unseres Rechtssystems in privates und öffentliches Recht wird in der heutigen Rechtslehre stark bekämpft oder zumindestens ihre heutige Berechtigung in Zweifel gezogen. Der Satz Eckardts[1]: „Der Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht ist heute erledigt und gehört der Geschichte an“ ist zwar unrichtig, aber eine Wandlung auf diesem Gebiete ist festzustellen, denn die Begriffe privates und öffentliches Recht sind heute keine Gegensätze mehr.

Die Ursache dieser Wandlung ist die neugewonnene politische Einheit des deutschen Volkes. Die Scheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht verliert heute die Bedeutung einer Kluft, weil sie nicht mehr von zwei entgegengesetzten Richtungen als Kampfinstrument benutzt wird. Einen ähnlichen Gegensatz wie in den Kämpfen zwischen Landesherren und Ständen und zwischen Landesherren und Rechtsschutz suchenden Untertanen, die seit der Rezeption die Spaltung immer mehr vertieften, gibt es heute nicht mehr. Auch der Kampf zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und dem auf Heer und Beamtentum beruhenden Staat gehört der Vergangenheit an. Nicht zuletzt ist es dieser Kampf, der uns die Unhaltbar-

1) Das Studium der Rechtswissenschaft, S. 23.

keit der bisherigen Trennung in der Rechtsordnung vor Augen führt.[2]) Heute, da diese Kämpfe abgeschlossen sind, vermögen wir wieder hinter der Scheidung die Einheit des Rechtssystems zu erkennen. Es kommt uns zum Bewußtsein, daß beide Teile zu einer Rechtsordnung gehören, und daß ihr bisheriger Gegensatz mit dem Wesen einer Ordnung im Widerspruch steht. Das aus der Volksgemeinschaft entsprungene Recht kann nicht aus wesensverschiedenen Teilen bestehen, sondern es bildet als Ausdruck eines einheitlichen völkischen Lebens eine Wesenseinheit.

Mit der Überwindung des Gegensatzes der beiden Teile der Rechtsordnung sind diese aber nicht verschwunden. Neben ihrem Kampfcharakter hatte die Scheidung von privatem und öffentlichem Recht auch einen Ordnungszweck. Unter diesem Gesichtspunkt ist sie noch heute bedeutsam, denn Einheit der Rechtsordnung bedeutet nicht das Fehlen jeglicher Gliederung. Die Einteilung des gesamten Rechtsstoffes in verschiedene Rechtsgebiete ist für die Rechtspflege und für die Wissenschaft eine praktische Notwendigkeit. Aber auch als Ordnungsbegriffe werden die Begriffe privates und öffentliches Recht heute weitgehend abgelehnt. Jedoch ist es der Wissenschaft noch nicht gelungen, die überkommene Zweiteilung durch eine andere Ordnung zu ersetzen.

Einen beachtlichen Vorschlag zu einer Neugliederung der Rechtsordnung hat Huber gemacht.[3]) Er gliedert nach Sachgebieten in Staat, Stände und Rechtsverkehr; nach Arten der Rechtsgestaltung in hoheitliches und volksgenössisches Recht. Diese Neuordnung vermag aber nicht sich von der alten dualistischen Ordnung loszulösen. So entspricht die funktionale Einteilung Hubers, die er aus dem Unterschied zwischen hoheitlicher Führung und volksgenössischem Zusammenwirken herleitet, im Grunde genommen der alten Subjekttheorie, die als Kriterium der Scheidung von privatem und öffentlichem Recht die Beteiligung der hoheitlichen Staatsgewalt an einem Rechtsverhältnis ansah.[4])

Die Prüfung der Subjekttheorie und der Interessentheorie, die bisher den Dualismus in der Rechtsordnung befriedigend zu erklären vermochten, ergibt, daß sie, ihrer individualistischen Tendenz entkleidet, auch dem Ordnungszweck der Zweiteilung gerecht werden.

Die Beteiligung der Staatsgewalt an einem Rechtsverhältnis gibt diesem auch heute noch sein besonderes Gepräge. Die Staatsgewalt steht in gewissem Sinne zwar zu jedem rechtlichen Handeln in Beziehung, denn sie ist der Garant der Rechtsordnung, aber handelnd beteiligt ist sie nur an einem Teil der Rechtsverhältnisse. Die Eigenart dieser Rechtsverhältnisse liegt darin, daß der andere Teil der Staatsgewalt nicht gleichberechtigt

2) Vgl. C. Schmitt, Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches.

3) Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts. 1935.

4) Vgl. z. B. Otto Mayer, D. Verw. R. I 3. Aufl., S. 15.

gegenüber steht, sondern sich unter ihrem Befehl zu beugen hat. Von diesem öffentlichrechtlichen Verhältnis unterscheidet sich das privatrechtliche. In diesem stehen sich die Beteiligten gleichberechtigt gegenüber. Nicht die Unterordnung sondern die Gleichordnung ist hier das Charakteristikum. An Stelle des Befehls tritt hier die Vereinbarung. Diese beiden Rechtsgestaltungsarten sind zwei verschiedene Erscheinungsformen derselben Rechtsordnung. Der innere Gehalt an Recht ist bei beiden der gleiche, und wir sehen in der öffentlichrechtlichen Gestaltungsart keine Bedrohung der Rechtssicherheit mehr, wie dies im vorigen Jahrhundert nach den Erfahrungen mit dem Absolutismus nur zu nahe lage.

Auch die auf der Pandektendefinition[5]) beruhende Interessentheorie läßt sich noch heute zur Bezeichnung der Unterschiede zwischen den beiden großen Teilen der Rechtsordnung verwenden. Die Rechtsverhältnisse, an denen die öffentliche Gewalt beteiligt ist, dienen den Interessen der Gesamtheit, während die Rechtsverhältnisse, die zwischen den sich gleichgeordneten Rechtsgenossen zustande kommen, den Interessen der einzelnen dienen. Dieser Theorie liegt heute nicht mehr die gegen die Gemeinschaft und den Staat gerichtete individualistische Tendenz des Liberalismus zu Grunde. Eigennutz kann heute nur insoweit ausgeübt werden, als er mit dem Gemeinnutz zu vereinbaren ist.

Der Kritik ist aber zuzugeben, daß eine scharfe Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht zur Zeit nicht möglich ist. So läßt sich z. B. im Bereich der ständischen Ordnung nicht sagen, wo die Staatsgewalt aufhört und der Privatmann anfängt, oder wo das Interesse des Einzelnen sich von dem Interesse der Gesamtheit scheidet. Auch in der Art der Rechtsgestaltung sind Überschneidungen festzustellen. So wird in den unzweifelhaft öffentlichrechtlichen Abkommen der großen öffentlichrechtlichen Verbände untereinander und in den Vereinbarungen von Parteidienststellen mit Staatsstellen die für das Privatrecht typische Form des Vertrages verwandt.[6]) Das seit dem Kriege immer umfangreicher werdende Grenzgebiet zwischen den beiden Teilen der Rechtsordnung hat man schon früher vergeblich in den Begriff Sozialrecht zu fassen versucht. Da sich dieses Zwischengebiet in den letzten Jahren noch weit mehr vergrößert hat — z. B. Arbeitsordnungsgesetz, Erbhofgesetz und die gesamte Wirtschaftsgesetzgebung — ist es nicht ausgeschlossen, daß die Weiterentwicklung doch noch die alte dualistische Ordnung sprengt.

Wenn eine Neueinteilung der Rechtsordnung erfolgt, die nicht mehr auf der Scheidung in privates und öffentliches Recht beruht, so wird es doch noch immer neben der Gemeinschaftssphäre eine Privatsphäre geben,

---

5) L. 1 § 2 D. de inst. et iure 1, 1 (Ulpian).

6) Vgl. § 30 des Wehrleistungsgesetzes vom 13. 7. 1938.

denn eine solche ist mit unserer Kultur untrennbar verbunden. Es liegt in der Natur der tüchtigen Menschen unserer Rasse, daß sie nur zu hohen Leistungen befähigt sind, wenn sie für sich oder ihre Familie etwas erarbeiten können, daß nur ihnen und ihrer Familie gehört. Dieser gesunde Egoismus kann in unserer Kultur niemals durch einen Kollektivismus ersetzt werden, ohne daß diese zu bestehen aufhört. Die Begriffe privat -- öffentlich sind Grunderscheinungen unserer Kultur. Auch in einem neugegliederten Rechtssystem werden sie erkennbar hervortreten. Die Kritik, die die gegensätzliche Tendenz beider Begriffe mit Recht bekämpft, schießt mit der völligen Ablehnung des Begriffes des Privaten weit über das Ziel hinaus.

Trotz aller Kritik und trotz der oben erwähnten Mängel ist die überkommene Ordnung des Rechtssystems bisher nicht aufgegeben worden. Die Gesetzgebung des Dritten Reiches hat die Begriffe privates und öffentliches Recht als Ordnungsbegriffe übernommen. Als Beispiele seien angeführt: Gesetz über den Ausgleich bürgerlichrechtlicher Ansprüche vom 13. 12. 1934; Gemeindeordnung § 103: „Anstalt des öffentlichen Rechts" und § 104: „Geschäfte des bürgerlichen Rechtsverkehrs"; Reichserbhofgesetz § 39: „öffentlichrechtliche Geldforderung" und § 59: „privatrechtliche Geldforderung"; Beamtengesetz vom 26. 1. 1937 § 1: „öffentlichrechtliches Dienst- und Treuverhältnis"; Erlaß des Führers und Reichskanzlers zur Bildung des NS. Fliegerkorps vom 19. 4. 1937 § 2: „Körperschaft des öffentlichen Rechts".

Neben der Überwindung des Gegensatzes zwischen privatem und öffentlichem Recht hat sich das Verhältnis der beiden Teile zueinander noch weiter geändert. Vor dem Umbruch stand das öffentliche Recht hinter dem Privatrecht zurück. Dies kommt vor allem in der Kompetenzkompetenz der bürgerlichen Gerichte (§ 17 GVG.) zum Ausdruck. „Für den Liberalismus ist das Privatrecht die Herzkammer allen Rechts, das öffentliche Recht ein schmaler schützender Rahmen, der sich um das Privatrecht und vor allem das Privateigentum legt."[7]) Außerdem unterlag das öffentliche Recht zum Teil dem privatrechtlichen Denken, wie dies z. B. das subjektive öffentliche Recht und die Fiskustheorie zeigen. Die neue Rechtsanschauung dagegen geht nicht mehr vom einzelnen Bürger und seinen Interessen, sondern von der Gemeinschaft und ihren Erfordernissen aus. Die schon seit dem Weltkrieg bestehende Engräumigkeit unseres völkischen Lebens bedingt eine stärkere Bindung des Einzelnen an die Gesamtheit. Die Gemeinschaft steht heute im Mittelpunkt des Rechts, denn nur so können auch die Interessen des einzelnen Volksgenossen gewahrt werden. Demgemäß nimmt das öffentliche Recht als die unmittelbarste Ordnung der Gesamtinteressen eine überragende Stellung ein.

7) Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. S. 123.

Mit dieser Verlegung des Schwergewichts hat sich auch der Umfang der beiden Teile entsprechend verschoben. Das Privatrecht verliert immer mehr an Boden. Eine erhebliche Anzahl bisher privatrechtlich geregelter Verhältnisse ist jetzt in das öffentliche Recht einbezogen worden. Außerdem hat das öffentliche Recht weite Gebiete, die bislang nicht gesetzlich normiert waren, erfaßt. Diese Entwicklung zeigen das Erbhofgesetz, das Arbeitsordnungsgesetz, der ständische Aufbau, das gesamte Wirtschaftsrecht mit der Devisengesetzgebung, die Volksgesundheitsgesetze, die Familienrechtsgesetze, die Kulturgesetzgebung und die Zurückdrängung der bürgerlichen Gerichte zu Gunsten der Verwaltungsgerichtsbarkeit.[8])

Diese Entwicklung wird besonders durch die mit dem Vierjahresplan zusammenhängende Gesetzgebung beeinflußt. Schon der Anfang dieses Neuaufbauwerkes zeigt mit aller Deutlichkeit, daß das öffentliche Recht der Kern unserer Volksordnung geworden ist. Zwar wird immer wieder von maßgebenden Stellen die Wichtigkeit der Privatinitiative betont, diese kommt aber heute neben der öffentlichen Initiative nur noch in zweiter Linie in Betracht. Dabei ist es nicht richtig, wenn man die Maßnahmen des Vierjahresplanes als nur vorübergehend, als nur aus einer konkreten Zwangslage geboren, ansieht. Diese in die bisher staatsfreie Privatsphäre einschneidenden Maßnahmen sind neben ihrem jeweiligen Anlaß auch Ausdruck einer neuen Staats- und Weltanschauung. Das Privatrecht wird heute aus Prinzip auf einen kleinen Raum beschränkt.

Somit ist zu den Begriffen privates und öffentliches Recht abschließend festzustellen, daß sie heute keinen weltanschaulichen Gegensatz mehr enthalten, und daß das Privatrecht immer mehr zu Gunsten des öffentlichen Rechts zurückgedrängt wird.

Bevor die Wirkung dieser Veränderungen auf das Eigentum am öffentlichen Weg erörtert werden kann, muß zunächst dessen andere Voraussetzung, der Eigentumsbegriff, in seiner heutigen Situation untersucht werden.

Der in der Rezeption übernommene und Ende des 18. Jahrhunderts insbesondere durch die französische Revolution[9]) zur Herrschaft gelangte römische Eigentumsbegriff[10]) ist heute heftig umstritten. Dieser Begriff

---

8) z. B. Beamtengesetz vom 26. 1. 1937 § 142 und die verschiedenen Enteignungsgesetze, die das bisherige Verfahren abändern, z. B. Gesetz über die Landbeschaffung zum Zwecke der Wehrmacht § 3, Luftverkehrsgesetz § 15, Energiewirtschaftsgesetz § 11, Reichsautobahngesetz vom 18. 12. 1933 § 9.

9) Vgl. Art. 2 der Erklärung der Menschenrechte, Art. 544 code civile, §§ 1, 13 I 8 ALR. und § 903 BGB.

10) Vgl. Hübner a. a. O., S. 246.

ging vom Interesse des Einzelnen aus[11]) und war ganz auf den freien Verkehr aller Güter eingestellt. Das Eigentum war abstrakt und formal und gewährleistete somit die rechtlich gleiche Behandlung aller Sachen und kannte auch keinen Unterschied der an den Sachen berechtigten Personen. Es entsprach der Weltanschauung des beginnenden 19. Jahrhunderts, weil es die Loslösung aus den überkommenen Bindungen begünstigte und dem nun einsetzenden wirtschaftlichen Aufschwung diente. Seit dem Weltkriege stellten die geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse den liberalen Gehalt des Eigentums immer mehr in Frage, und heute wirkt sich der nationalsozialistische Umbruch auf die Eigentumsverfassung aus. Inwieweit dadurch der Eigentumsbegriff des § 903 BGB umgestaltet wird, steht heute noch nicht endgültig fest. Die Diskussion darüber ist sehr lebhaft.

Der schärfste Gegner des überkommenen Begriffes ist Wieacker. Er führt folgendes aus:[12])

Der Ausgangspunkt des neuen Eigentums ist nicht das Interesse des Einzelnen sondern das Interesse der Gemeinschaft. Dem Einzelnen ist das Herrschaftsverhältnis über eine Sache von der Gemeinschaft und zur Ausübung für die Gemeinschaft verliehen. Die rechtliche Zugehörigkeit einer Sache zu einer Person erschöpft sich nicht in einem Verfügungs- und Ausschließungsrecht im Sinne des § 903 BGB. Nicht die Herrschaft über eine Sache ist für uns heute das wesentliche, sondern ihre ordnungsgemäße Nutzung. Eigentum ist das Recht und die Pflicht, mit einer Sache sachgerecht und gemeinnützig zu verfahren. Der Inhalt dieser Pflicht bestimmt sich nach dem Wesen der Sache selbst. Die Art der Bindung an die Gemeinschaft ergibt sich aus der Bedeutung der einzelnen Sache für das völkische Leben. Ein abstrakter Eigentumsbegriff kann der völkischen Lebensordnung nicht gerecht werden. Über die rechtliche Zugehörigkeit einer Sache zu einer Person kann nicht allgemein entschieden werden, sondern die Verschiedenheit der Sachbeziehungen in der Lebenswirklichkeit erfordert eine Verschiedenheit der Eigentumsgestaltung. Dies führt zu einer Stufung in zahlreiche Unterarten des Eigentums je nach der Stellung, die eine Sache im Leben der Gemeinschaft hat. Die Haupteinteilung der Eigentumsarten ist die in Grundeigentum und Fahrnis. Sie ergibt sich aus der einzigartigen Bedeutung des Grund und Bodens als Lebensraum der Nation. Aber auch das Grundeigentum ist in einer wirklichkeitsnahen Rechtsordnung noch mannigfach gegliedert. Die konkrete Ordnung, in der ein

---

11) Vgl. Posse oben, S. 13.

12) Wandlungen der Eigentumsverfassung; Eigentum und Eigen, Dt. Recht 35 496 ff.; der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, Dt. Rechtsw. 1937, 1. Heft S. 1 ff. Ferner: Huber, Rechtsstellung des Volksgenossen. Z. f. d. Ges. Staatsw. 96, 438 ff.; Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung. 1936. Scheuner, Eigentum und Eigentumsbindung, RVBl. 1936/5 ff.

Grundstück steht, z. B. als Fabrikgebäude, Ziergarten, Bauernhof oder Truppenübungsplatz, ist bestimmend für die Gestaltung seiner rechtlichen Zugehörigkeit zu einer Person. Die verschiedenen Nutzungsmöglichkeiten bedingen verschiedene Nutzungspflichten, die eine lebensnahe Rechtsordnung konkret festlegt. Die Überwindung des abstrakten Eigentumsbegriffes durch eine gebundene Eigentumsordnung ergibt sich bereits deutlich aus der bisherigen Gesetzgebung des Dritten Reiches. So vor allem durch das Reichserbhofgesetz, weniger markant durch das Arbeitsordnungsgesetz, Energiewirtschaftsgesetz, Reichsjagdgesetz und die Gesetze über die Reichsstelle für Raumordnung. Das Erbhofgesetz gibt einer besonderen Erscheinung des Grundeigentums ihre besondere Gestaltung. Dieses besondere Eigentum geht von der Bedeutung einer landwirtschaftlich genutzten Fläche bestimmter Größe für das Leben der Nation aus. Der Bauer ist Verwalter dieses Grundstücks, das der Ernährung des deutschen Volkes zu dienen hat, und das den rassisch bedeutsamen Bauernstand trägt. Er ist aber nicht Verwalter fremden Vermögens, sondern er hat eine eigene Rechtsstellung, deren Innehabung jedoch von der ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Pflichten der Gemeinschaft gegenüber abhängt. Die in § 15 des Gesetzes festgelegte Pflicht zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung ist der Kern der neuen deutschen Eigentumsverfassung.

Der wissenschaftliche Ausgangspunkt Wieackers ist das konkrete Ordnungsdenken, wie es vor allem von Carl Schmitt vertreten wird.[13]) Auf dieses muß daher kurz eingegangen werden.

Schmitt unterscheidet drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens: das dezisionistische und das normativistische Denken und das konkrete Ordnungsdenken. Die erste Art ist m. E. heute bedeutungslos. Die Auffassung der Dezision als „letzte rechtswissenschaftlich gefaßte Vorstellung, aus der alle anderen juristisch abgeleitet werden"[14]) war nur zur Zeit des Naturrechts möglich. Nur auf Grund der naturrechtlichen Lehre vom vor- und unterstaatlichen chaotischen Naturzustand konnte man in der Entscheidung des Souveräns die Grundlage der rechtlichen Ordnung sehen. Mit dieser naturrechtlichen Dezision vermischt Schmitt eine andere Art von Entscheidungen, von denen er als die typische die des Richters anführt. Aber die richterliche Entscheidung ist etwas ganz anderes. Die naturrechtliche Entscheidung schafft aus dem Chaos die Ordnung; sie ist also ihr eigener Maßstab. Der Richter entscheidet einen Konfliktfall nach Maßgabe einer bereits bestehenden Ordnung. Seine Entscheidung hat also mit einer „letzten rechtswissenschaftlich gefaßten Vorstellung, aus der alle anderen abgeleitet werden" nur mittelbar etwas zu tun.

---

13) Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. 1934.
14) a. a. O., S. 1.

Auch die Scheidung von normativistischem Denken und konkretem Ordnungsdenken kann so, wie Schmitt sie darstellt, nicht anerkannt werden. Es ist nicht so, daß die Norm immer über der Wirklichkeit steht und zu dem konkreten Leben kein Verhältnis hat. Grundsätzlich deckt sich die Norm mit der konkreten Ordnung. Sie hat den Sinn, diese Ordnung zu umreißen und gegen die Elemente der Unordnung zu halten. Da die Norm aber starr ist, und die Entwicklung die lebendige Ordnung dauernd ändert, decken sich beide im Laufe der Zeit nicht mehr. Nur in dieser Situation lassen sich die beiden Denkarten unterscheiden. Jetzt gibt es ein normativistisches Denken, nämlich das Festhalten an der überkommenen Norm ohne Rücksicht auf die Erfordernisse des tatsächlichen Lebens, und ein konkretes Ordnungsdenken, das die Wiederherstellung der Kongruenz von Norm und Wirklichkeit durch Änderung der Norm anstrebt.

Abgesehen von der schiefen Darstellung des Normendenkens hat Schmitt recht, wenn er für unsere gegenwärtige Lage ein konkretes Ordnungsdenken fordert. Ein großer Teil unserer heute geltenden Normen, z. B. das BGB., ist in einer Zeit und für eine Zeit geschaffen, die sich auf vielen Gebieten des Lebens nicht mehr mit der unsrigen deckt. Heute besteht eine weitgehende Inkongruenz von Norm und Wirklichkeit. In dieser Situation ist das normativistische Denken fehl am Platze. Nicht das prinzipielle Festhalten an der überalterten Norm, sondern der Aufbau einer Rechtsordnung vom konkreten Leben her, ist heute die Aufgabe. So anfechtbar Schmitts Schrift im einzelnen ist, bleibt es doch sein Verdienst, auf diese Notwendigkeit unseres juristischen Denkens hingewiesen zu haben.

Dieses konkrete Ordnungsdenken hat Wieacker bei der Untersuchung des Verhältnisses der Eigentumsnorm des § 903 BGB. zur konkreten Eigentumslage angewandt. Er beschreibt die einzelnen Erscheinungsarten des Eigentums in unserer Volksordnung und stellt diese lebendige Darstellung dem im 19. Jahrhundert aufgestellten Eigentumsbegriff gegenüber und kommt zu dem Ergebnis, daß Norm und Wirklichkeit sich nicht mehr decken. Aus den heutigen tatsächlichen Verhältnissen leitet er einen neuen Oberbegriff ab. Dieser lautet: „Eigentum ist das Recht und die Pflicht mit einer Sache sachgerecht und gemeinnützig zu verfahren und zu diesem Zwecke andere von der Einwirkung auf die Sache ausschließen zu dürfen. Es begreift in sich das rechtliche Vermögen, eine Sache zu nutzen, zu belasten und veräußern".[15])

Diese Eigentumsdefinition ist aber abzulehnen. Sie entspricht nicht der Vorstellung vom Eigentum, wie sie heute in unserem Volk lebt. Wieacker übertreibt den gemeinnützigen Charakter des Eigentums und übersieht dabei, daß das deutsche Eigentum auch heute noch in erster Linie ein

---

15) a. a. O., S. 42 f.

Institut des Eigennutzes ist, und zwar das typische Institut des Eigennutzes. Nachdem der Nationalsozialismus den Kernsatz jedes Gemeinwesens: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" gegenüber dem individualistischem Denken wieder zur Geltung gebracht hat, darf man nicht in den umgekehrten Fehler verfallen und jeden Eigennutz als gemeinschaftswidrig ansehen. Es ist ebenso verkehrt, den privaten Charakter des Eigentums abzulehnen wie das Bestehen einer Privatsphäre neben der öffentlichen Sphäre zu leugnen. Es ist falsch, in dem Kampf gegen die Auswüchse des Individualismus jegliche Sonderstellung des Individuums abzulehnen.

Das Rechtsinstitut Eigentum dient in erster Linie dem Interesse des Einzelnen. Die Rechtsordnung sichert ihm damit einen Anteil an den Lebensgütern der Nation für sich und seine Familie. Dieser Anteil kann nur durch Leistungen erworben werden, und es ist das Bestreben des neuen Staates, darüber zu wachen, daß dieser Erwerb mit der größten Sauberkeit vor sich geht. Der Eigentümer braucht seine Sache so, wie es ihm zu seinem Wohlergehen am besten erscheint, und er ist bemüht, durch immer neue Leistungen immer mehr Güter zu erwerben und sich damit das Dasein zu erleichtern oder wenigstens das Leben seiner Kinder angenehmer zu gestalten. Es entspricht dies dem gesunden Egoismus im Kampf ums Dasein, der nicht nur die Menschen, sondern die gesamte Natur beherrscht. Die Staaten unserer Rasse haben dieses Bestreben des einzelnen Volksgenossen immer anerkannt und gefördert und dadurch unseren kulturellen Hochstand erreicht. Die Leistungen der Einzelnen kommen letzten Endes der Gemeinschaft zugute, so daß die Anerkennung des Privateigentums auch im Interesse der Gesamtheit liegt.

Die angeführte Definition Wieackers und auch die Hubers, der das Eigentum eine verantwortliche, gebundene Befugnis nennt[16]), sagt nichts über die Tatsache aus, daß das Institut Eigentum um des Eigentümers willen da ist. Solange in Deutschland noch jeder in erster Linie selbst für die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse zu sorgen hat, muß es auch den Eigennutz des Privateigentums geben. Die Eigennutzung von Sachen kann erst dann aufhören, wenn die Gemeinschaft die Bedürfnisse jedes einzelnen ihrer Glieder übernimmt. Der von Huber geprägte Ausdruck „Gemeineigentum"[17]) ist keine gute Wortbildung. Sie bedeutet nach dem Sprachgebrauch, daß alles Eigentum der Gemeinschaft zusteht, was in unserer Rechtsordnung nicht der Fall ist. Dieses Gemeineigentum klingt nach Kollektiveigentum. In der Definition des deutschen Eigentums muß der Unterschied zum kommunistischen Eigentum klar erkennbar sein.

Die Definition Wieackers und Hubers ist aber auch durch die neueste Gesetzgebung unhaltbar geworden. Die VO. zur Sicherung der Land=

16) Rechtsstellung, S. 442.

17) Handelshochschule II, Aufl. Bd. 1 Kap. 3.

bewirtschaftung vom 23. 3. 1937, die in der Bekanntmachung über die Sicherung der Ackerbestellung vom 31. 3. 1915 eine Vorgängerin hat, bezeichnet die ordnungsgemäße Bewirtschaftung der landwirtschaftlichen Grundstücke als eine Pflicht des Eigentümers der Gemeinschaft gegenüber. Nach der Theorie Wieackers und Hubers soll dem Eigentümer bei Nichterfüllung dieser Bewirtschaftungspflicht seine Rechtsstellung entzogen werden, weil dieser das Eigentum nur als Treuhänder der Gemeinschaft inne habe, und die Pflicht zum sachgerechten Verfahren der Kern des Eigentums sei. Die Verordnung läßt aber bei allen Zwangsmaßnahmen gegen einen schlecht wirtschaftenden Eigentümer dessen Eigentum bestehen. So verwaltet z. B. der behördlich bestellte Treuhänder das dem schlecht wirtschaftenden Eigentümer vorübergehend entzogene Land für dessen Rechnung, und bei zwangsweiser Verpachtung steht dem Eigentümer der Pachtzins zu. Alle Maßnahmen sind von einer Enteignung weit entfernt. Im Erbhofrecht, auf das Wieacker und Huber ihre Lehre stützen, ist die Enteignung neben den anderen in § 77 der Verfahrensordnung aufgezählten Maßnahmen nur die alleräußerste und wird auch ganz allgemein als eine Ausnahme empfunden; sie beläßt auch grundsätzlich das Eigentum in der Familie des Bauern.

Der eigennützige Gehalt des Eigentums reicht aber nur so weit, als er sich mit dem Gemeinnutz verträgt. Der Eigentümer kann die ihm gehörige Sache nur so weit in seinem Interesse nutzen, als die Gemeinschaft kein eigenes unmittelbares Interesse an ihr hat. Nur in diesem Rahmen kann er über seine Sache verfügen und andere von ihr ausschließen. Der Eigentumsbegriff des Liberalismus: „das Eigentum als solches ist schrankenlos, aber es verträgt Beschränkungen"[18]) ist falsch. Für das in einem Verband von Mitmenschen lebende Individuum ist nicht die Freiheit, sondern die Bindung das Grundgesetz. Bindung, nicht Freiheit ist das Wesen jeder Gemeinschaft. Das Eigentum ist kein „ius infinitum"[19]), sondern es hat von vorneherein seine Grenze. Diese Grenze ist der Gemeinnutz. Darüber hinaus hat der Eigentümer bestimmter Sachgütergruppen, wie Wieacker mit Recht hervorhebt, besondere Pflichten der Gemeinschaft gegenüber. Die markanteste dieser Pflichten ist die Bewirtschaftungspflicht des Bauern und des Eigentümers nicht erbhofgebundener landwirtschaftlicher Grundstücke. Durch diese Pflichten werden auch bestimmte Anforderungen an die Persönlichkeit des Eigentümers gestellt.

Die Eigentumsdefinition des § 903 BGB. entspricht der liberalen Auffassung. Zunächst ist der eigennützige Kern dieses Instituts scharf herausgestellt. Dies ist auch heute noch grundsätzlich richtig, wenn auch das „nach Belieben" etwas an Willkür anklingt und daher jetzt kein guter

18) Windscheid, Pandekten 5. Aufl. Bd. 1 S. 519.
19) Eichhorn, Privatrecht, S. 405.

Ausdruck mehr ist. Eine grundsätzliche Grenze der Berechtigung des Eigentümers kennt der § 903 nicht, aber er sieht die Möglichkeit der Beschränkung zu Gunsten der Allgemeinheit in Form eines Gesetzesvorbehaltes vor. Diese Blankettnorm ist den praktischen Anforderungen gerecht geworden, denn sie ist fortwährend mit den jeweils erforderlichen konkreten Bestimmungen ausgefüllt worden. Sie entspricht aber nicht der heutigen Eigentumsauffassung. An die Stelle des Gesetzesvorbehaltes muß die Erklärung treten, daß der Umfang der Berechtigung des Eigentümers sich nach den Notwendigkeiten der Gemeinschaft bestimmt, und daß der Eigentümer unter Umständen besondere Pflichten der Gemeinschaft gegenüber zu erfüllen hat.

Eine solche Begriffsbestimmung ist aber ebenso abstrakt, wie die des § 903 BGB. Dies läßt sich aber bei der allgemeinen und grundsätzlichen Erklärung über die Natur des Eigentums nicht vermeiden, denn der Umfang der eigennützigen Berechtigung des Eigentümers und seine etwaige Pflichtstellung sind in der Praxis sehr verschieden gestaltet. Sie richten sich nach der Bedeutung, die die einzelnen Sachen für die Gemeinschaft haben. Es ist das Verdienst Wieackers, hierauf hingewiesen zu haben. Der Begriff des § 903 mit seinem Vorbehalt und ebenso eine Neufassung mit der allgemeinen Erklärung über die Grenze der Berechtigung und die Pflichten des Eigentümers bedürfen der Ergänzung durch besondere Eigentumsbegriffe, die sich unmittelbar aus den tatsächlichen Verhältnissen ergeben. Der allgemeine Eigentumsbegriff wird erst in Verbindung mit einem besonderen Eigentumsbegriff der konkreten Ordnung gerecht. Nur durch die beiden Begriffe zusammen wird die Verbindung zwischen Norm und Wirklichkeit gewährleistet.

Die besonderen Eigentumsbegriffe legen den Umfang der Berechtigung des Eigentümers, die der Oberbegriff nur allgemein aussprechen kann, für die einzelnen Objekte des Eigentums konkret fest, und legen dem Eigentümer einzelner Sachen bestimmte Pflichten auf. Die besonderen Eigentumsbegriffe geben also dem allgemeinen Begriff nach der subjektiven und der objektiven Seite im Einzelfall einen konkreten Inhalt. Je nach der Stärke des Interesses der Gemeinschaft werden die Grenze des Eigentums und gegebenenfalls besondere Pflichten des Eigentümers durch besondere Gesetze bestimmt. Diese Gesetze stellen keine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung dar. Derartige Beschränkungen können nur angenommen werden, wenn man das Eigentum als grundsätzlich unbeschränkt ansieht.[20]) Mit der Auffassung von der grundsätzlich durch den Gemeinnutz begrenzten eigennützigen Berechtigung des Eigentümers fällt der Begriff der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung.

---

20) Vgl. „Beschränkung der Baufreiheit" § 13 d. pr. Fluchtliniengesetzes vom 2. 7. 1875.

Die Grenzen der Berechtigung und die Pflichten des Eigentümers sind in den letzten Jahren immer markanter herausgearbeitet worden. Nach den einzelnen wirtschaftlichen Sachgütergruppen lassen sich verschiedene Eigentumsgestaltungen feststellen. Diese bilden eine Stufenreihe stärkerer und schwächerer Bindungen an die Gemeinschaft, so daß sich aus ihnen eine differenzierte Eigentumsordnung innerhalb des allgemeinen Eigentumsbegriffes ergibt. Damit ist die formale Gleichheit aller Sachen aufgehoben. Sie werden nicht nach einem abstrakten Begriff, sondern nach ihrer konkreten Bedeutung für das Gemeinschaftsleben in die Rechtsordnung eingegliedert.

Diese Auffassung entspricht altem deutschen Rechtsdenken, das noch um die Mitte des vorigen Jahrhunderts lebendig gewesen ist. Gerber[21]) bezeichnet das Eigentum an Rittergütern und das Eigentum an Bauerngütern als Reste einer alten Ordnung, die noch nicht von dem abstrakten, alles gleichmachenden römischen Eigentumsbegriff verdrängt worden sind. Diese besonderen Eigentumsarten nennt er Modifikationen des Eigentumsinhaltes und scheidet diese von den Beschränkungen des Eigentums. Er schreibt[22]): „Indem das deutsche Recht den einfachen, absoluten Charakter des Eigentums nicht gewürdigt hat, ist es dahin gelangt, der Individualität sowohl der Subjekte als der Objekte einen zwar nicht die innere Natur des Institutes verändernden, aber doch modifizierenden Einfluß zu gestatten. Die Berücksichtigung der Verschiedenheit der Subjekte zeigt sich zunächst in dem Einfluß des Standes auf den Umfang der Eigentumsberechtigung. Der Einfluß der Verschiedenheit der Objekte dagegen tritt sichtbar hervor in dem Umstand, daß dem Eigentum am Grund und Boden nicht nur eine ganz besondere Ausbildung, sondern auch eine seiner hervortretenden Wichtigkeit entsprechende Bedeutung gegeben wird, während das Eigentum an fahrender Habe im älteren deutschen Recht mit geschwächter Kraft zurücktritt und durch ganz andere Formen begründet wird.“ Auch Gierke und Hübner stellen das deutsche Eigentum als eine gegliederte Ordnung dar und betonen ebenfalls die besondere Ausgestaltung des Grundeigentums.[23])

Die nach den einzelnen Objekten gegliederte Eigentumsordnung ist eine Möglichkeit zur Wiederherstellung der Verbindung zwischen Norm und konkreter Ordnung. Als Hauptgliederung dieser neuen Eigentumsordnung ist mit Wieacker und entsprechend dem älteren deutschen Privatrecht die Scheidung von Grundeigentum und Fahrnis anzusehen. Die beweglichen Sachen können zwar auch einen außerordentlich hohen Grad von Gemeinschaftsgebundenheit erreichen, wie die derzeitigen Devisen-

21) Karl Friedrich Gerber, System des deutschen Privatrechts. 4. Aufl. 1853.
22) a. a. O., S. 174 f.
23) Gierke, D. Pr. R. II, S. 349 ff.; Hübner, Grdzg. d. dt. Pr. R., S. 179 ff.

bestimmungen, die Lebensmittelgesetze und die andere mit der Rohstoffverknappung zusammenhängende Gesetzgebung zeigen. Sie sind aber niemals derart mit dem völkischen Leben verbunden wie der Grund und Boden. Die Summe der Grundstücke bildet das deutsche Vaterland und damit die Lebensgrundlage des deutschen Volkes. Neben dem Blut ist der Boden entscheidend für das Schicksal der Nation. Diese Bedeutung des Bodens ist zeitlos und bedingt eine grundsätzlich andersartige Gestaltung des Grundeigentums neben dem Fahrniseigentum.

Als Voraussetzung für die Erörterung des Wegeeigentums kommen hier nur die verschiedenen Erscheinungsarten des Grundeigentums in Betracht.

Auch das Grundeigentum wird dem Einzelnen von der Rechtsgemeinschaft garantiert, damit er es in seinem eigenen Interesse benutzen kann. Die enge Verbundenheit des Bodens mit der Existenz des Volkes bindet aber den Grundeigentümer besonders eng an die Interessen der Gemeinschaft. Er darf bei der Nutzung seines Grundstücks niemals den Nutzen der Allgemeinheit außer acht lassen. Im Zeitalter des Liberalismus war das Gefühl für diese Pflichtstellung des Eigentümers verloren gegangen. Erst als der Weltkrieg wieder die Verflechtung des Schicksals des Einzelnen mit dem Schicksal der Gesamtheit erkennen ließ, kam man allmählich von der individualistischen Freiheit des Grundeigentümers ab. Art. 153 III und 155 III der Weimarer Verfassung sind die ersten Andeutungen der Wandlung. Heute ist der nationalsozialistische Staat dabei, ein Bodenrecht zu schaffen, das den Lebensinteressen unseres Volkes gerecht wird. Neben der grundsätzlichen Anerkennung des Privateigentums[24]) werden die Grenzen der individuellen Berechtigung klar herausgestellt. Jede Grundstücksart erhält je nach der Bedeutung, die sie für das Leben der Nation hat, ihre besondere Eigentumsordnung.

Eine dieser Arten hat im Erbhofgesetz ihre rechtliche Gestaltung erfahren. Landwirtschaftlich genutztes Grundeigentum bestimmter Größe ist zur Erhaltung des Bauerntums als Blutquelle der Nation weitgehend der bisherigen Verfügungsmacht des Eigentümers entzogen worden. Die nationale Bedeutung des bäuerlichen Besitzes bindet den Bauern bei der Ausübung seines Rechts besonders eng an die Gemeinschaft. Diese Pflichtstellung darf aber nicht derart übersteigert werden, daß ein Privateigentum am Erbhof geleugnet wird, und man den Bauern nur als Verwalter des Erbhofes ansieht.[25]) Der Gesetzgeber hat mit dem Grundeigentum, das er im § 1 REG. als Voraussetzung der Erbhofeigenschaft nennt, nur das Eigentum gemäß § 903 BGB meinen können, und auch das Volksempfinden faßt das Erbhofeigentum als eine besondere Art des über-

24) Part. Pr. Punkt 17 mit auth. Auslegung.
25) So Wieacker, Huber und Busse a. a. O.

kommenen Eigentumsbegriffes auf. Seine besondere Gestalt erhält es durch die Bestimmungen über die Unteilbarkeit des Hofes im Erbgang, durch das Veräußerungs- und Belastungsverbot und durch die Anforderungen, die an die Persönlichkeit des Bauern gestellt werden.

Eine weitere Art Grundeigentum ist das Eigentum an den nicht erbhofgebundenen landwirtschaftlichen Grundstücken. Bei ihm ist das Eigeninteresse nicht so weit zurückgedrängt als im Erbhofeigentum. Es kann veräußert und belastet werden. Die Veräußerung von Grundstücken über 2 Hektar, teilweise auch über 1 Hektar Größe bedarf jedoch der behördlichen Genehmigung.[26]) Auch hier ist der Eigentümer zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung verpflichtet. Diese Bewirtschaftungspflicht ist mit Rücksicht auf die Nahrungsfreiheit des deutschen Volkes in der Verordnung zur Sicherung der Landbewirtschaftung vom 23. 3. 1937 ausgesprochen und kann durch die dort angedrohten Maßnahmen und Strafen erzwungen werden. Eine weitere Ausgestaltung erfährt das Eigentum an landwirtschaftlichen Grundstücken durch das Gesetz über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz vom 27. 12. 1933, durch die Entschuldungsgesetze und durch die zahlreichen Bestimmungen über die Erzeugung und den Absatz landwirtschaftlicher Produkte.

Weitere Stufungen des Grundeigentums ergeben sich aus dem Siedlungsrecht[27]), aus dem Recht der Wohnungsgrundstücke[28]), aus dem Recht der Industrieanlagen[29]), aus dem Forst- und Jagdrecht.[30]) Ferner unterliegen die Grundstücke im Grenzgebiet[31]), in Schutzbereichen[32]) und in Naturschutzgebieten[33]) einer besonderen Ordnung. Vorläufig ist dieser „Differenzierungsprozeß zu Eigentumsvarianten"[34]) noch nicht abgeschlossen. Eine endgültige Einteilung der Eigentumsarten läßt sich deshalb erst bei Vorliegen des gesamten neuen Bodenrechts durchführen.

---

26) Grundstücksverkehrsbekanntmachung vom 26. 1. 1937 u. VO. vom 22. 4. 1937.

27) Reichssiedlungsgesetz vom 11. 8. 1919 mit Änderungen und Ergänzungen; Ges. über die Neubildung deutschen Bauerntums vom 14. 7. 1933 mit Verordnungen.

28) Mieterschutzgesetz; Reichsmietengesetz; Gebäudeinstandsetzungsgesetz (Abschnitt I des Ges. vom 21. 9. 1933); VO. über die Regelung der Bebauung vom 15. 2. 1936; VO. über die Baugestaltung vom 10. 11. 1936; Gesetz über Bergmannssiedlungen vom 10. 3. 1930 und 2. 5. 1934; VO. über die vorstädtische Kleinsiedlung usw.

29) Energiewirtschaftsgesetz; Arbeitsordnungsgesetz.

30) Ges. gegen Waldverwüstung vom 18. 1. 1934; Forstliches Artgesetz vom 13. 12. 1934 mit Durchführungsverordnungen; VO. zur verstärkten Deckung des Rohstoffbedarfes an Holz vom 7. 12. 1936; Reichsjagdgesetz.

31) Gesetz über die Sicherung der Reichsgrenze vom 9. 3. 1937 mit Durchführungsverordnungen vom 17. 8. 1937.

32) Schutzbereichgesetz vom 24. 1. 1935.

33) Reichsnaturschutzgesetz vom 26. 6. 1935.

34) Köttgen bei Frank a. a. O., S. 438.

VI.

Vorschläge zur Neuregelung des Eigentums am öffentlichen Weg

Nach der Untersuchung der Voraussetzungen kann nun an die Erörterung der heutigen Gestaltung des Wegeeigentums herangegangen werden. Ausgangspunkt dieser Betrachtung ist das Gesetz über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens vom 26. 3. 1934, das in seinem § 3 bereits zu dem Eigentum am öffentlichen Weg Stellung genommen hat. Es handelt sich nun darum, zu untersuchen, ob diese Stellungnahme auch nur eine einstweilige ist, oder ob sie geeignet ist, als abschließende Regelung des Wegeeigentums in das künftige Reichswegegesetz aufgenommen zu werden.

Das Gesetz vom 26. 3. 1934 gilt nicht für alle öffentlichen Wege. Hinsichtlich der Kraftfahrbahnen verweist es auf die im Reichsautobahngesetz getroffene Sonderregelung. Mit den öffentlichen Wegen von geringer Verkehrsbedeutung — es handelt sich hauptsächlich um die im gemeinen Recht als Gemeinde- oder Vizinalwege bezeichneten Nebenwege — beschäftigt es sich überhaupt nicht.[1])

Die ihm unterliegenden Straßen teilt das Gesetz in Reichsstraßen, Landstraßen I. Ordnung und in Landstraßen II. Ordnung ein. Die Zuweisung der einzelnen Straßen zu einer bestimmten Gruppe erfolgt durch Eintragung in Straßenverzeichnisse. Die Eintragungen ordnet der Generalinspektor für das deutsche Straßenwesen an.[2]) Diesem ist die Aufsicht über alle dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Wege übertragen worden.[3])

Reichsstraßen sind nach den Richtlinien des Generalinspektors „öffentliche in ganzer Länge kunststraßenmäßig ausgebaute Landstraßen, die überwiegend einem über weite Strecken durchgehenden Überlandverkehr dienen und für die Durchführung dieses Verkehrs unentbehrlich sind, sowie auch nach der Inbetriebnahme der Reichsautobahnen unentbehrlich bleiben".[4])

---

1) § 1 DVO. vom 7. 12. 1934.

2) Bei den Landstraßen II. Ordnung sind die obersten Straßenbaubehörden der Länder und die pr. Provinzialbehörden für die Eintragung zuständig. (DVO. v. 7. 12. 1934 § 5.)

3) § 17 DVO. vom 7. 8. 1933.

4) Die Rheinprovinz, Jhrg. 1935/449.

Zu Reichsstraßen sind etwa 41 000 Kilometer Straßen erklärt worden.[5]) Sie werden vom Generalinspektor verwaltet. Die Baulast trägt das Reich.

Die Verwaltung und Unterhaltung der Landstraßen I. Ordnung — rund 84 000 Kilometer[6]) — ist Aufgabe der Länder und der preußischen Provinzen. „Landstraßen I. Ordnung sind öffentliche Straßen, die einen über das Gebiet mehrerer Kreise oder gleichgeordneter Verwaltungsbezirke hinausgehenden erheblichen Durchgangsverkehr (Bezirksverkehr) vermitteln und für diesen unentbehrlich sind, soweit sie nicht als Reichsstraßen in Frage kommen."[7])

Die vorläufige Verwaltung[8]) und die Baulast der Landstraßen II. Ordnung ist in Preußen den Kreiskommunalverbänden und in den übrigen Ländern den diesen Verwaltungsträgern entsprechenden Körperschaften zugewiesen worden. Landstraßen II. Ordnung sind die nach Ausscheidung der Reichsstraßen und Landstraßen I. Ordnung noch übrig bleibenden kunststraßenmäßig befestigten Landstraßen, die über das Gebiet einer Gemeinde hinausgehen, und die mindestens an einem Ende an eine Straße höherer Ordnung angeschlossen sind.

Über das Eigentum an den Reichs- und Landstraßen trifft das einstweilige Wegegesetz in seinem § 3 folgende Bestimmung:

> Die aus dem Eigentum an der Straße sich ergebenden Rechte und Pflichten stehen der Ausübung nach vom Zeitpunkt der Übernahme der Straßenbaulast an dem jeweiligen Träger der Straßenbaulast zu.

Nach herrschender Ansicht[9]) überträgt diese Vorschrift nicht das Eigentum, aber sämtliche sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten — privatrechtliche und öffentlichrechtliche — auf den Baulastträger. Von Dassel weist mit überzeugender Begründung noch darauf hin, daß lediglich das Recht der Veräußerung des Wegegrundstücks nicht auf den Wegeunterhaltungspflichtigen übergegangen ist.[10]) Entgegen der herrschenden Meinung vertritt Müller[11]) den Standpunkt, daß der § 3 nur die öffentlichrechtliche Seite des Wegeeigentums berühre und kommt damit zu dem Ergebnis, daß diese Bestimmung im Grunde genommen überflüssig sei. Er ist aber

---

5) Krumstroh, Die gegenwärtige Organisation der Straßenverwaltung in Deutschland, Arch. f. Eisenbahnwesen 1938/649.

6) a. a. O., S. 653.

7) Die Rheinprovinz, a. a. O.

8) § 8 der DVO. vom 7. 12. 1934.

9) Vgl.: Erlaß des Generalinspektors für das deutsche Straßenwesen vom 23. 3. 1937 (MinBliV. S. 617); RGZ. 155/399; Württ. VGH., RVBl. 1937/703; Pfundtner-Neubert, zu § 3 des Ges. u. zu § 20 der DVO. vom 7. 12. 1934; Weber, RVBl. Bd. 57/133 f.; v. Dassel, Das Wegegelände und sein Recht, FiZtschr. Bd. 76/1 ff., S. 51.

10) a. a. O., S. 55.

11) RVBl. Bd. 57/53 f.

bereits mehrfach widerlegt worden[12]), insbesondere mit der Begründung, daß seine Auslegung mit dem Wortlaut des § 3 Abs. I und mit der Bestimmung des Abs. II in klarem Widerspruch steht.

Der § 3 hat naturgemäß nur diejenigen Rechte und Pflichten, die dem Wegeeigentümer nach der Widmung noch verblieben waren, auf den Baulastträger übertragen können. Er betrifft also nur die noch neben dem öffentlichen Straßenzweck zulässigen privaten Nutzungsmöglichkeiten. Damit richtet er sich gegen die private Wegeherrschaft. Durch diese Bestimmung wird die doppelte Wegeherrschaft hinsichtlich der Reichsstraßen und der Landstraßen I. und II. Ordnung beseitigt. In dem Streit zwischen den privaten und den öffentlichen Wegeherren hat sich das Gesetz klar für die öffentliche Wegeherrschaft entschieden und durch Ausschaltung des Privateigentümers die Einheit der Wegeherrschaft herbeigeführt. Der § 3 hat jedoch nicht das Privateigentum an dem Straßengelände beseitigt, sondern er hat es grundsätzlich anerkannt. Das Rechtsverhältnis des öffentlichen Weges gehört also insoweit noch dem Privatrecht an.

Die Regelung des § 3 ist nach der gesamten neuesten Rechtsentwicklung, soweit es sich um die grundsätzliche Entscheidung zu Gunsten der Verwaltungsbehörde handelt, als endgültig anzusehen. Wie oben ausgeführt, wird heute immer mehr das öffentliche Recht zum Kern der Rechtsordnung. Es kann somit nicht zweifelhaft sein, daß auch nach dem künftigen Reichswegegesetz die Ausübung aller Herrschaftsrechte am öffentlichen Weg nur einem Verwaltungsträger zustehen kann. Die Straßen haben in dem modernen Verkehr eine für die Nation in Krieg und Frieden lebenswichtige Aufgabe zu erfüllen. Ihr Rechtsverhältnis muß deshalb unter dem Gesichtspunkt des Gemeininteresses geordnet werden. Eigennützige Interessen Einzelner müssen hier zurücktreten. Bei der heutigen Staatsauffassung erscheint uns dies selbstverständlich, und wir sind weit davon entfernt, in dieser Regelung eine „Untergrabung der Rechtsstellung des Individuums"[13]) zu sehen. Eine Störung der Verwaltung der Straße durch eigennützige Geltendmachung des Privateigentums darf nicht mehr in Betracht kommen.[14]) Der Standpunkt, „daß der privatrechtliche Eigentümer eigentlich der Hauptbeteiligte am öffentlichen Weg, der Wegeherr, ist"[15]), ist heute überwunden.

---

12) Weber, a. a. O. und v. Dassel, a. a. O.

13) Maunz, siehe oben S. 31.

14) Vgl. Georg Schmidt, Reichswegerecht. RVerwBl. 1935/325 ff., Dt. Verw. 37/213; Scheuner, Zur Neuordnung des Wegerechts. RVBl. 37/729 ff., Der Gemeingebrauch an Straßen. ZAkdR. 37/484 ff.; Todt, Vom Zweck der Straße. ZAkdR. 1937/622 ff.; Hofacker, Zeitschr. f. Kommunalwirtschaft 1933/459 ff., 622 ff., Dt. Verw. 1937/182 ff.; Maunz, Verwaltung, S. 285 ff.; Leitsätze für ein deutsches Wegegesetz. Dt. Verw. 36/218 ff.

15) Müller, Die Rechtslage der Fernleitungen auf öffentlichen Wegen, S. 39.

Der Grundgedanke des § 3 kommt auch in den anderen sich mit den öffentlichen Wegen befassenden Gesetzen des Dritten Reiches zum Ausdruck. Der § 20 der Durchführungsverordnung zum einstweiligen Wegegesetz vom 7. 12. 1934 bestimmt, daß bei Verbreiterung des Straßenkörpers das hinzukommende Gelände an den Eigentümer des vorhandenen Straßengeländes aufzulassen ist, sofern dieser ein Land, ein Gemeindeverband oder eine Gemeinde ist. Er ordnet ferner an, daß beim Neubau einer Straße das Straßengelände an den Träger der Straßenbaulast aufzulassen ist.

Der Ausschaltung des Eigentümers durch den § 3 des e. WG. Rechnung tragend, bestimmt der § 15 des Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Land vom 6. 12. 1937, daß der Unternehmer einer Straßenbahn für die Benutzung eines öffentlichen Weges lediglich die Genehmigung des Unterhaltungspflichtigen beizubringen hat, und daß nur dieser ein Entgelt für die Benutzung beanspruchen kann.

§ 12 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 13. 12. 1935 will eine übermäßige Belastung der Energieversorgungsunternehmen durch Wegebenutzungsverträge verhindern und gibt dem Reichswirtschaftsminister die Ermächtigung, Vorschriften und Einzelanordnungen über Zulässigkeit und Bemessung eines Entgeltes für die Wegebenutzung durch die Energieversorgungsunternehmen zu erlassen.

Vor allem aber sind hier die Gesetze über die Reichsautobahnen zu nennen. In ihnen ist von vorneherein eine klare Entscheidung getroffen. Das Gelände der Kraftfahrbahnen steht im Eigentum der mit dem Enteignungsrecht ausgestatteten juristischen Person des öffentlichen Rechts „Reichsautobahnen".

Es fragt sich nun, ob die in ihrer grundsätzlichen Entscheidung als endgültig anzusehende Bestimmung des § 3 des einstweiligen Wegegesetzes auch in ihrer konkreten Regelung geeignet ist, in das künftige Reichswegegesetz aufgenommen zu werden. Diese Frage ist m. E. zu verneinen.

Die Beziehung des bisherigen Eigentümers zu dem Wegegrundstück ist durch den § 3 nicht völlig gelöst; er ist auch heute noch Eigentümer. Aber mit der vollständigen Trennung aller sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Pflichten von der Person des Eigentümers ist dessen Stellung nur eine formale Eigentümerstellung. Mit seinem Eigentum ist keine Nutzungsmöglichkeit[16]) und auch keine Verantwortung mehr verbunden. Seine Stellung ist praktisch leer und inhaltslos. Rechtlich enthält

16) Auf die Gewährung der Nutzungen nach § 3 Abs. 2 des Gesetzes und § 22 der DVO. vom 7. 12. 1934 hat er keinen Anspruch.

sie aber noch eine Anwartschaft auf ein Eigentum, das nicht mehr dem Gemeingebrauch dient, sondern wieder privaten Interessen nutzbar gemacht werden kann. Diese Anwartschaft ist aber bei den Reichsstraßen und den Landstraßen I. und II. Ordnung eine derart entfernte, daß im praktischen Leben nicht mit ihr gerechnet werden kann. Der Zug dieser Straßen liegt vielfach schon seit Jahrhunderten fest, und ihr derzeitiger Bauzustand und ihre heutige Bedeutung machen es unwahrscheinlich, daß auch nur ein kleiner Teil von ihnen eingezogen wird. Es kommt zwar vor, daß Wegegrundstücke durch Begradigungen und ähnliche Verbesserungen frei werden, aber der Eigentümer kann mit derartigen Einziehungen nicht rechnen. Die Anwartschaft auf ein nutzbares Eigentum kann sich daher praktisch nicht auswirken, und die dem Eigentümer durch das einstweilige Wegegesetz noch zugebilligte Stellung ist wertlos.

Diese Eigentümerstellung hat vor Erlaß des einstw. Wegegesetzes Reuß[17]) treffend geschildert: „Es kann allerdings so weit kommen, daß von dem Wegeeigentum wirklich nur noch die inhaltsleere, begriffliche Hülle (das „nudum ius") übrig bleibt, in dem nämlich die Öffentlichkeit des Weges die Ausübung des Eigentums völlig auffängt, so daß dem „Herrn" des Wegekörpers nur noch eine sehr „platonische", gedankliche Beziehung zum Grund und Boden übrig bleibt."

Die Regelung des § 3 entspricht nicht der konkreten Ordnung. Eine nuda proprietas mit ihrer „platonischen" Eigentümerstellung kann den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht werden.[18]) Mit dem Übergang aller Rechte und Pflichten aus dem Eigentum ist der bisherige Eigentümer praktisch enteignet. Konkretes Ordnungsdenken verlangt daher, daß dieser Eigentumsübergang in einem endgültigen Wegegesetz klar ausgesprochen wird.

Die endgültige Enteignung des bisherigen Wegeeigentümers ist offenbar das Endziel des Gesetzgebers. Der Charakter des Gesetzes vom 26. 3. 1934 als ein Organisationsgesetz, das sich zudem noch ausdrücklich als ein vorläufiges bezeichnet, hat vermutlich den schwerwiegenden Eingriff der Enteignung nicht als angezeigt erscheinen lassen. Dieses Endziel hat offenbar auch Todt im Auge, wenn er schreibt[19]), daß der Grundsatz der völligen Einheit des Rechtsverhältnisses der Straße im Gesetz vom 26. 3. 34 noch nicht in völlig befriedigender Form zum Ausdruck gekommen sei, daß dieser Grundsatz aber im künftigen Wegerecht seine endgültige klare Rechtsform finden müsse. Die Vorbereitung der völligen Enteignung erscheint

---

17) Grundsätze des öffentlichen Wegerechts, Staats- und Selbstverwaltung 1933/310.

18) Vgl. dazu Huber, Rechtsstellung S. 464.

19) a. a. O., S. 624.

daher als der Sinn des § 3.[20]) Er will m. E. nicht vorhandenen Beschränkungen weitere Beschränkungen hinzufügen, sondern er will eine grundsätzliche Neuordnung des materiellen Wegerechts.

Von Dassel meint, der § 3 stelle den Beteiligten die Herbeiführung des endgültigen Eigentumsüberganges nicht als Aufgabe; sein Sinn sei lediglich eine allgemeine „Freierstellung" des Wegebaulastträgers; wenn auch beachtliche Gründe rechtssystematischer Art — Klarheit, heutiges Rechtsempfinden — für eine grundsätzliche Neuregelung sprächen, so genüge doch die Regelung des § 3 allen Erfordernissen.[21])

Der § 3 wird zwar den praktischen Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wegeverwaltung gerecht — die Rechtsnachfolge hinsichtlich der mit dem Wegeeigentum zusammenhängenden obligatorischen Verhältnisse und die Frage nach der Entschädigung des Wegeeigentümers müssen allerdings noch geklärt werden —, v. Dassel führt aber keine Gründe an, die der völligen Enteignung entgegenstehen und die Beibehaltung der bloß formalen Eigentümerstellung erforderlich machen. Deshalb müssen m. E. die für die Enteignung sprechenden systematischen Gründe den Ausschlag geben.

Mit der Enteignung müssen die auf dem Wegeeigentum beruhenden obligatorischen Beziehungen, die der § 3 nicht erwähnt, geordnet werden. Infolge der jetzigen Regelung hängen die Wegebenutzungsverträge der Unternehmer mit den Wegeeigentümern vollkommen in der Luft. Auf Grund des e. WG. ist der Wegeeigentümer zur Gestattung der Benutzung nicht mehr berechtigt, und der Träger der Straßenbaulast ist zur Respektierung der den Unternehmern aus den Benutzungsverträgen erwachsenen Rechte nicht verpflichtet. Der Generalinspektor für das deutsche Straßenwesen ist den aufgetretenen Schwierigkeiten in einem Runderlaß begegnet.[22]) Eine endgültige Klarheit kann aber nur durch gesetzliche Regelung der Rechtsnachfolge erreicht werden.[23])

Die ausdrückliche Enteignungsbestimmung bringt auch Klarheit hinsichtlich der Entschädigungsfrage, die der § 3 noch offen gelassen hat.[24]) Die Enteignung des bisherigen Wegeeigentümers kann nach geltendem Recht nur gegen Entschädigung erfolgen. Zur Leistung dieser Entschädigung kommt der Wegebaupflichtige in Betracht. Eine große Belastung entsteht dadurch für ihn nicht, denn einmal ist die Entschädigung nicht groß, weil

20) So wohl auch Scheuner, Zur Neuordnung . . ., S. 732 und von der Lühe-Goslar, Recht d. Rnährst. 1937/860 f.

21) a. a. O., S. 51, 59 u. 80 ff.

22) MinBltV 1937/617.

23) Vgl. Parisius, Zeitschr. f. öffentl. Wirtschaft 1935/123; v. Dassel, a. a. O., S. 66 ff.; von der Lühe-Berlin, Verkehrstechnik 1937/225 f.

24) v. Dassel, a. a. O., S. 69 ff.; von der Lühe-Goslar, R. d. Rnährst. 1937/860 f.; Württ. VGH., RVBl. 1937/703.

das bereits als Weg benutzte Grundstück nur geringen Wert hat, und zum anderen fallen dem Unterhaltungspflichtigen ja auch die Gras- und Baumnutzungen und gegebenenfalls auch das Entgelt für einen Sondergebrauch zu.

Durch die Bestimmung, daß das Grundstück nach der Einziehung des Weges kostenlos an den früheren Eigentümer zurückfällt, würde sich die Entschädigungssumme vermindern, und bei zur Zeit der Enteignung bereits als Weg dienenden Grundstücken würde sie ganz in Wegfall kommen. Eine derartige Bestimmung ist jedoch unpraktisch, da im Falle der Einziehung des Weges regelmäßig mannigfache Änderungen in den Eigentumsverhältnissen der Anliegergrundstücke eingetreten sein werden, so daß der Heimfall des Grundstücks für den früheren Eigentümer und seinen Rechtsnachfolger, der auch oft nicht festzustellen sein wird, in der Regel bedeutungslos ist.

Die Übertragung des Wegeeigentums auf den Baulastträger genügt jedoch nicht, um Störungen der Wegeverwaltung durch Geltendmachung des Eigentums vollkommen auszuschalten. Wie ein Teil der im IV. Abschnitt angeführten Entscheidungen zeigt, haben insbesondere kommunale Wegeeigentümer, die zugleich die Wegeunterhaltungspflichtigen waren, durch eigennützige Ausübung ihres Eigentums in die ordnungsgemäße Verwaltung des Weges eingegriffen. Daher muß auch die Ausübung des Wegeeigentums der Kontrolle der Wegeaufsichtsbehörde unterworfen sein. Diese Kontrollmöglichkeit ergibt sich bereits aus den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen.[25]) Der Baulastträger untersteht den Anordnungen der Wegeaufsichtsbehörde auch, soweit diese in sein nicht durch den Gemeingebrauch begrenztes Eigentum am Wegegrundstück eingreifen; denn die Kontrolle der Wegeaufsichtsbehörde erstreckt sich auf alle Angelegenheiten des Straßenbaus und der Straßenverwaltung. Hierauf beruhen die Weisungen, die der Generalinspektor in dem angeführten Runderlaß vom 23. 3. 1937 den Baulastträgern über den Abschluß von Wegebenutzungsverträgen gegeben hat. Eine besondere Sicherung gegen einen ordnungswidrigen Eigennutz liegt außerdem in der Ermächtigung, die der § 12 des Energiewirtschaftsgesetzes dem Reichswirtschaftsminister gibt.[26])

Die berechtigten Belange der nicht unterhaltungspflichtigen Gemeinden bedürfen aber noch einer besonderen Sicherung. Die Ortsdurchfahrt oder ein anderes im Gemeindegebiet liegendes Stück einer Straße höherer Ordnung ist zwar in erster Linie Teil der Verkehrsfläche und gehört seinem Wesen nach zuerst zu der tatsächlichen und rechtlichen Einheit Straße; in zweiter Linie gehört dieses Stück Straße aber auch noch zu der Einheit Gemeinde. Dieses zweite Zugehörigkeitsverhältnis ist besonders stark,

---

25) Ges. v. 26. 3. 1934 § 6 II u. DVO v. 7. 12. 1934 § 26.
26) Siehe oben, S. 63.

wenn die Straße auch dem Anbau dient.[27]) Es tritt in Erscheinung bei der Anlage der Versorgungsleitungen, der Kanalisationen und der Straßenbahnen. Wegen der Gestattung eines derartigen Sondergebrauches kann die nicht unterhaltungspflichtige Gemeinde leicht in eine nicht gerechtfertigte Abhängigkeit von dem Baulastträger kommen. Zur Vermeidung derartiger Unzuträglichkeiten ist eine Gesetzesbestimmung geeignet, die von der Lühe vorgeschlagen hat.[28]) Er fordert eine Vorschrift, nach der den Gemeinden das Recht eingeräumt wird, auch die ihnen nicht gehörigen Straßen zur Verlegung der notwendigen Versorgungs- und Abwasserleitungen und für die Anlage von Straßenbahnen zu benutzen.

Die nicht wegeunterhaltungspflichtige Gemeinde steht also jetzt nach dem durch den § 3 e. W. G. eingeleiteten Eigentumswechsel bei dem Konflikt zwischen Wegeeigentum und Sondernutzung auf der andern Seite. Dies ist aber mit Rücksicht darauf, daß die Straßen in erster Linie dem Verkehr zu dienen haben, durchaus in der Ordnung. Die berechtigten Interessen der Gemeinden können durch die angedeutete Gesetzesbestimmung hinreichend gesichert werden.

Es ist nun zu untersuchen, welchen Charakter dieses neue Wegeeigentum hat, und wie es sich in die Eigentumsordnung eingliedert.

Zunächst seien aber noch zwei Vorschläge für das künftige Reichswegegesetz besprochen, die das Bestehen eines Eigentums am öffentlichen Weg überhaupt verneinen. Die Leitsätze für ein deutsches Wegegesetz[29]) erklären die öffentlichen Wege für „Volksvermögen", und Maunz[30]) will nunmehr den Begriff „Sachen des öffentlichen Dienstes" einführen.

Es ist zwar nicht zweifelhaft, daß die öffentlichen Wege Volksvermögen sind; ebenso bestimmt ist aber auch, daß das Volk in unserer Rechtsordnung nicht als Vermögenssubjekt behandelt wird. Seit der Auflösung der germanischen Volksgenossenschaften ist das Volk nicht mehr Subjekt des öffentlichen Vermögens gewesen. Die Auffassung vom Volksvermögen, wie sie uns bei Besold und im Naturrecht entgegentritt, blieb bloße Theorie und hatte den Sinn, den Gemeinnutz gegenüber dem Eigennutz des Fürsten zu betonen. Seit dem Ende des 18. Jahrhunderts ist an Stelle des Fürsten der Staat der Träger des öffentlichen Vermögens. Wir haben heute keine Veranlassung, von dieser Auffassung abzugehen, besonders weil Volk und

---

27) Gar keine Rolle spielt dieses Verhältnis bei den Autobahnen, die von der Gemeinde aus gesehen als exterritorial bezeichnet werden können.

28) von der Lühe-Berlin, Die Auswirkung der Neureglung des Straßenwesens auf die kommunale Energie- und Wasserwirtschaft, Ztschr. f. öffentl. Wirtschaft, 1937/151 ff.

29) Dt. Verw. 1936/218 ff., Ziff. 3.

30) ZAkdR. 1935/644 ff.; Verwaltung, S. 285 ff.

Staat keine Gegensätze mehr sind. Heute ist es nicht nötig zu betonen, daß die öffentlichen Wege um des Volkes willen da sind, wie dies z. B. das pr. Allgemeine Landrecht betonen mußte.

Maunz kommt zur Ablehnung eines Eigentums an öffentlichen Wegen, weil er die Rechtssubjektivität des Staates ablehnt. Er geht aber auch hier wieder zu weit. Trotz des heutigen Wandels der Staatsauffassung ist der Staat im alten Sinne vermögensfähig geblieben. Wir fassen den Staat nicht mehr als eine unsichtbare Person auf, für die der Führer als Organ handelt. Führer und Volk sind für uns eine lebendige Gemeinschaft, für die uns der Begriff „das Reich" ein Symbol ist. Der Staat ist für uns ein Mittel der Führung. Als solches ist er aber nach wie vor ein Rechtssubjekt. Die nationalsozialistische Gesetzgebung hat diese rechtstechnische Form nicht abgeschafft. Im Gegenteil, sie bedient sich ihrer in weitem Umfang. Der Staat und die ihm untergeordneten Verwaltungsträger werden als Rechtsperson behandelt und sind insbesondere auch Träger von Vermögensrechten und -pflichten.[31]) Die hier nächstliegenden Beispiele sind das öffentlichrechtliche Unternehmen „Reichsautobahnen" als Eigentümer der Kraftfahrbahnen und der Träger der Straßenbaulast als Inhaber der Rechte und Pflichten aus dem Eigentum am öffentlichen Weg. Irgendwelche Bedenken gegen die Beibehaltung dieser Regelung sind nicht gerechtfertigt, da aus der formalen Gleichbehandlung des Staates und seiner unteren Verwaltungsträger mit privaten Rechtssubjekten eine das Wesen dieser Subjekte berührende Gleichstellung nach der nationalsozialistischen Weltanschauung völlig ausgeschlossen ist. Die Rechtssubjektivität des Staates und der untergeordneten Verwaltungsträger hat sich als praktische Form bewährt, in der die öffentlichen Körperschaften sich am allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsleben beteiligen, insbesondere Mittel zur Durchführung ihrer Aufgaben erwerben und verwalten.

Die Begriffe „Volksvermögen" und „Sachen des öffentlichen Dienstes" werfen mit ihrer Verneinung des Eigentums die alte Frage „Hoheitsrecht oder Eigentum" wieder auf. Maunz und die „Leitsätze" scheinen von der Vorstellung des Hoheitsrechts auszugehen. Von dem Hoheitsrecht ist aber das Eigentum und auch das Eigentum eines Verwaltungsträgers an öffentlichen Wegen scharf zu scheiden. Das staatliche Hoheitsrecht äußert sich hinsichtlich der Straßen in der Aufsicht über die öffentlichen Wege und die Regelung des Verkehrs auf denselben sowie in der Sorge dafür, daß den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs in bezug auf das Wegewesen Genüge geschieht.[32]) Daneben besagt das Eigentum, wem der Weg nach der für alle Rechtsgenossen maßgeblichen Güterzuteilungs- und Güternutzungsordnung gehört. Die Beziehung der Verwaltung zum öffentlichen

31) Vgl. Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht 1937, S. 22 ff.
32) Vgl. pr. Zust. G. vom 1. 8. 1883. § 55.

Weg ist nicht nur hoheitsrechtlicher Natur. Die Behörde verwertet den Weg auch als nutzbares Grundstück wie ein privater Rechtsgenosse. Dies zeigt sich bei der Gestattung eines Sondergebrauches, bei der Baum- und Grasnutzung und bei der Verwertung des Wegelandes nach der Einziehung. Dieses nutzbare Haben bezeichnet unsere Rechtsordnung als Eigentum. Von dieser Ordnung bei Wegegrundstücken abzugehen, besteht kein Anlaß. Im Gegenteil, wegen der privaten Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten ist es erforderlich, daß auch die öffentlichen Wege in die allgemeine Nutzungs- und Verwertungsordnung der Sachen eingegliedert sind.[33])

Das Eigentum des Verwaltungsträgers am öffentlichen Weg ist Eigentum im Sinne des allgemeinen Eigentumsbegriffes, der im geltenden Recht im § 903 BGB. formuliert ist. Seine konkrete Gestalt gewinnt aber auch das Wegeeigentum erst durch seinen besonderen Eigentumsbegriff. Dieser wird sich aus den entsprechenden Vorschriften des künftigen Reichswegegesetzes und, falls dieses nicht alle die öffentlichen Wege betreffenden Normen enthalten sollte, auch aus anderen Gesetzen, z. B. aus dem Telegraphenwegegesetz und aus dem Wehrleistungsgesetz § 10 Abs. 2, ergeben.

Das Wegeeigentum wird dadurch charakterisiert, daß sein Subjekt nur der Träger der Wegebaulast sein kann, der bei der Ausübung dieses Eigentums der Überwachung durch die Wegeaufsichtsbehörde unterliegt, und daß sein Objekt dem allgemeinen Verkehr zu dienen hat. Dieses Eigentum ist auch ein Institut des Eigennutzes; doch ist die Möglichkeit der Verwertung des Wegegrundstücks im eigenen Interesse des Verwaltungsträgers durch den Gemeingebrauch begrenzt. In welchem Umfang das Grundstück dem Gemeingebrauch zu dienen hat, kann das Wegegesetz höchstens in einer Generalklausel sagen, da die Möglichkeiten, wie die Allgemeinheit die öffentlichen Wege benutzen kann, dauernden Änderungen unterworfen sind. Eine starre Festlegung kann, wie die Entscheidung R.G.Z. 150/216 zeigt, der Entwicklung hinderlich sein.[34]) Durch die Einschaltung der Wegeaufsichtsbehörde wird aber auf jeden Fall eine sachgemäße Ausübung des Wegeeigentums gewährleistet. Der Eigentümer kann nur soweit wirtschaftliche Nutzungen aus dem Grundstück ziehen, als er den Gemeingebrauch, einen etwaigen gesetzlichen Sondergebrauch[35]) und die ordnungsgemäße Verwaltung des Weges nicht stört. Der Eigennutzung bleibt somit nur ein ganz geringer Spielraum. In der nach dem jeweiligen Umfang der eigennützigen Berechtigung abgestuften Eigentumsordnung steht das Eigentum am öffentlichen Weg somit an extremer Stelle.

---

33) Ebenso: Banditt, Dt. Verw. 1937/149; Hofacker, Dt. Verw. 1937/182 ff.; Scheuner, R. Verw. Bl. 1937/729 ff.

34) Vgl. auch OVG. 100/175.

35) z. B. gemäß Telegraphenwegegesetz oder gemäß § 10 Abs. 2 des Wehrleistungsgesetzes vom 13. 7. 1938.

Das Wegeeigentum entsteht mit der Widmung und wandelt sich mit der Einziehung des Weges in eine andere Art des Grundeigentums um.

Daraus, daß das Wegeland im Privateigentum des Baulastträgers steht, folgt, daß die bürgerlichen Gerichte auch nach der hier vorgeschlagenen Regelung noch über das Rechtsverhältnis des öffentlichen Weges zu entscheiden haben. Der Beurteilung durch die ordentlichen Gerichte unterliegen die Streitigkeiten, die Ansprüche aus dem Wegeeigentum zum Gegenstand haben, z. B. die Streitigkeiten über die privatrechtliche Zulässigkeit eines Sondergebrauchs. Insbesondere wird im ordentlichen Rechtsweg auch über Ansprüche aus Wegebenutzungsverträgen entschieden. Diese Verträge bleiben, auch wenn ihr Inhalt gesetzlich normiert wird[36]), privatrechtliche Verträge, denn der Baulastträger schließt sie als Eigentümer in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse mit den als gleichberechtigte Partner auftretenden Unternehmern von Versorgungsleitungen ab. Bei Streitigkeiten aus dem Wegeeigentum haben die bürgerlichen Gerichte über den Umfang der privaten Wegeherrschaft des Wegeunterhaltspflichtigen zu entscheiden. Sie stellen somit nach wie vor neben den Verwaltungsgerichten fest, wie weit der Gemeingebrauch am öffentlichen Weg reicht. Die Prozesse über das Wegeeigentum werden aber infolge der Vereinheitlichung der Wegeherrschaft und infolge des Einflusses der Wegeaufsichtsbehörde sehr selten werden. Auch schließt die vorgeschlagene gesetzliche Regelung der Benutzungsbefugnis der Gemeinden bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen diesen und den Wegeeigentümern weitgehend aus.

Es fragt sich nun, in welchem Verhältnis dieser besondere Eigentumsbegriff Wegeeigentum zu dem öffentlichen Eigentum Otto Mayers und Eiseles steht.

Wenn auch hier durch öffentlichrechtliche Normen die private Nutzungsberechtigung fast ganz zurückgedrängt ist, so ist das Wegeeigentum doch kein öffentliches Eigentum im Gegensatz zum Privateigentum. Das Eigentum bleibt, auch wenn es einen derart geringen Umfang wie das Wegeeigentum hat, ein besonderes privatrechtliches Institut. Es läßt sich auch nicht in einen privatrechtlichen und in einen öffentlichrechtlichen Teil auflösen. Die Normen, die eine Pflichtstellung des Eigentümers und die Beteiligung der Allgemeinheit an der Nutzung der Sache — hier den Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen — regeln, sind keine öffentlichrechtliche Last oder Dienstbarkeit. Die Übertragung des Begriffs der dinglichen Last des Privatrechts in das öffentliche Recht ist nicht angängig. Die privatrechtliche Last ist eine private Verwertungsmöglichkeit des Eigentums, die den Umfang der Berechtigung des Eigentümers dem Rechte nach unangetastet läßt. Sie ist ein aus dem Eigentum ausgegliedertes Institut, dessen Ver-

hältnis zu dem ihm übergeordnet bleibenden Recht des Eigentümers genau festgelegt ist. Die öffentlichrechtlichen Normen, die die private Nutzung einer Sache begrenzen und gegebenenfalls dem Eigentümer besondere Pflichten auferlegen, sind nicht aus dem Eigentum ausgegliedert, sondern legen die Pflichten des Eigentümers und den Umfang seiner Berechtigung im konkreten Falle fest. Diese Normen sind auch nicht zu einem selbständigen öffentlichrechtlichen Institut zusammengefaßt wie die privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen, sondern sie gehören nur zu einem bestimmten Sachgebiet des öffentlichen Rechts. Beim Wegeeigentum gehören sie zum Wegerecht, das ein besonderes Gebiet des Verwaltungsrechts darstellt.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß auf das Wegeeigentum der Begriff öffentliches Eigentum nicht anwendbar ist. Das hier vorgeschlagene Eigentum des Baulastträgers hat jedoch eine gewisse Verwandschaft mit dem Eigentum O. Mayers und Eiseles. Es beruht ebenfalls auf der Tendenz, das Rechtsverhältnis des öffentlichen Weges vom öffentlichen Recht her zu bestimmen, und es faßt ebenfalls den Gemeingebrauch nicht als eine Eigentumsbeschränkung auf. Die Eingliederung des Wegeeigentums in die differenzierte Eigentumsordnung gründet sich auch auf die Auffassung von der rechtlichen Qualifizierung einer Sache durch ihre besondere Bedeutung für die Gemeinschaft, wie sie Mayer und Eisele vertreten. Im übrigen geht aber der besondere Eigentumsbegriff Wegeeigentum von anderen Voraussetzungen als das öffentliche Eigentum aus. Mayers und Eiseles Ausgangspunkte sind durch die Weiterentwicklung des Rechts überholt. Ihr öffentliches Eigentum beruht auf der antithetischen Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht, und es ist als ein Institut gedacht, welches im Gegensatz zum privaten Eigentum steht. Mit der Überwindung dieser Trennung verliert auch das Institut öffentliches Eigentum seine Berechtigung. „Das freie Spiel der durcheinanderwirkenden privatrechtlichen Kräfte"[37]) und „die Freiheit des Eigentümers in der Wahl der Genußformen"[38]), denen ein an die Gemeinschaft gebundenes öffentliches Eigentum gegenüber zu stellen wäre, gibt es heute nicht mehr. Ein neu zu schaffendes öffentliches Eigentum ist daher überflüssig geworden.

Aus diesen Gründen kann auch der Erneuerung der Lehre Otto Mayers durch Friedrich List[39]) nicht zugestimmt werden. Die Gegenüberstellung von privatem und öffentlichem Eigentum wird der heutigen Güterzuteilungsordnung nicht gerecht. Es gibt heute nicht nur zwei Erscheinungs-

36) Vgl. oben, S. 63.

37) O. Mayer, Dt. Verw. R. II, 2. Aufl., S. 75.

38) Siehe oben, S. 36.

39) Verwaltungsrecht technischer Betriebe. Berlin 1937. S. 156 ff.; Energierecht. Berlin 1938. S. 42 ff.

arten des Eigentums. Die je nach den einzelnen Lebensbereichen mehr oder weniger starke Bindung des Einzeldaseins an die Notwendigkeiten der Nation ergibt eine den Graden dieser Bindung entsprechende Stufung des Eigentums. Eine dieser Erscheinungsarten ist das öffentliche Eigentum, das List in Anlehnung an Otto Mayer aus dem Zweck der öffentlichen Sachen herleitet. Den Anforderungen, die er von der Verwaltung technischer Betriebe her an den Eigentumsbegriff stellt, wird die differenzierte Eigentumsordnung in jeder Beziehung gerecht.

Durch den vorgeschlagenen Begriff des Wegeeigentums wird die Doppelstellung des Wegerechts im privaten und öffentlichen Recht nicht beseitigt. Der öffentliche Weg steht nach wie vor im Privateigentum. Aber das hat seinen guten Grund. Das Eigentum ergibt sich aus der Tatsache, daß auch der Baulastträger das Wegegrundstück soweit wie möglich wie ein Privatmann für seine eigenen wirtschaftlichen Zwecke nutzbar macht. Gemeingebrauch und Privatgebrauch des Wegelandes bedingen die Zugehörigkeit des Rechtsverhältnisses des öffentlichen Weges zu beiden Teilen der Rechtsordnung. Die Ausschaltung des Privateigentums ist aber heute nicht mehr erforderlich. Da die beiden Teile der Rechtsordnung sich nicht mehr gegensätzlich gegenüberstehen, kann der Anteil beider an dem Rechtsverhältnis des öffentlichen Weges auch keinen Zwiespalt in das Wegerecht tragen. Theoretisch kann infolge der grundsätzlichen Einheit der Rechtsordnung die Doppelstellung des öffentlichen Weges im privaten und öffentlichen Recht nicht mehr als ein Mißstand empfunden werden. Aber auch praktisch kann die private und öffentliche Wegeherrschaft nicht mehr zu Schwierigkeiten führen. Eine Störung der Wegeverwaltung durch eigennützige Geltendmachung des Grundeigentums kommt nicht mehr in Betracht, da jetzt beide Arten der Wegeherrschaft in der Person des Baulastträgers vereinigt sind, die Ausübung des Eigentums der Kontrolle der Wegeaufsichtsbehörde unterliegt und die notwendigen Sondergebrauchsarten gesetzlich festgelegt sind bzw. hinsichtlich der Gemeinden noch festgelegt werden müssen.[40])

Es ist nun noch zu erörtern, ob die Vereinheitlichung der Wegeherrschaft auch bei den öffentlichen Wegen, die nicht unter das einstweilige Wegegesetz fallen, erforderlich ist.

Es handelt sich hier um die öffentlichen Wege, die im älteren Recht zum Unterschied von den Landstraßen als Gemeindewege bezeichnet wur-

40) Vgl. oben, S. 67.

den, und die man heute in Kommunikationswege, Ortsstraßen, Feld-, Wald- und Wanderwege, Eisenbahnzufahrten und ähnliche Nebenwege einteilt. Die Rechtsverhältnisse dieser öffentlichen Wege sind sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung außerordentlich kompliziert. Das Eigentum läßt sich häufig nicht nachweisen. Die Abgrenzung von den Privatwegen ist oft recht schwierig[41]), denn in vielen Fällen ist nur sehr schwer oder überhaupt nicht festzustellen, ob und in welchem Umfang eine Widmung stattgefunden hat. Die diese Nebenwege betreffenden Normen bieten ein wohl einzig dastehendes Bild der Zersplitterung. In fast ganz Deutschland gelten noch die Wegegesetze der Partikularstaaten des 18. und 19. Jahrhunderts, die zudem innerhalb dieser Staaten nicht einheitlich, sondern nach einzelnen Provinzen und Landschaften fast unübersehbar zersplittert sind.[42]) So gelten z. B. im Rheinland 18 verschiedene Wegerechte.[43]) Das Recht der öffentlichen Nebenwege ist aber nicht nur zersplittert, sondern auch weitgehend veraltet.[44]) Die Aufhebung der Gutsuntertänigkeit, die Schaffung freier Bauernstellen, Auflösung der Gutsbezirke, Gemeinheitsteilungen, Umlegungen usw. haben erhebliche Änderungen der Wegeverhältnisse bewirkt, denen das noch geltende Recht nicht mehr entspricht. Hier Klarheit zu schaffen, ist eine ebenso wichtige wie schwierige Aufgabe des künftigen Reichswegegesetzes.

Die für die Verwaltung der öffentlichen Nebenwege zuständigen Behörden sind in den einzelnen Ländern verschieden. In Preußen sind die Wegepolizeibehörden auch für diese Wege zuständig.[45]) Die Baulast trägt nach allen deutschen Wegerechtssystemen grundsätzlich die Gemeinde.[46]) Ausnahmsweise sind auch andere wegeunterhaltungspflichtig, zum Beispiel der Forstfiskus[47]), der Eisenbahnfiskus[48]) oder Privatleute[49]). Im ein-

41) Vgl. Sächs. OVG. in Dt. Verw. 1938/314; Rupp, Württ. Ztschr. f. Verw. u. Verw.Rechtspflege 1935/17 ff.; Burghart, Öffentl. Privatwege in Bayern, Fi.-Ztschr. 71/265; Wg.O. f. Westpr. von 1905 § 3.

42) Für Preußen siehe Germershausen, a. a. O. I, S. 167 ff.

43) Ecker, Rheinisches Wegerecht. Berlin 1906.

44) Germershausen a. a. O., S. 174; Drucks. d. pr. Abgeordnetenhauses 1875 Nr. 24, S. 21.

45) § 55 Zust.G.

46) So z. B.: Hann. Ges. über Gemeindewege und Landstraßen vom 28. 7. 1851 (Pr. OVG. 95/153; Bayr. Gemeindeordnung vom 29. 4. 1869 Art. 38; Wegegesetz für den Reg.Bez. Kassel vom 16. 3. 1879 § 1; Wg.O. f. Ostpr. § 15; Wg.O. f. Westpr. § 17; Wg.O. f. Posen § 16; Wg.O. f. d. Prov. Sachsen § 17; ebenso märk. Provinzialrecht (Pr. OVG. 96/118) und die verschiedenen rheinischen Wegerechtssysteme (Germershausen a. a. O., S. 214 ff. und Ecker, Pr. Verw. Bl. 24/116). Vgl. Pr. Fluchtliniengesetz § 15; Bad. Ortsstraßengesetz vom 15. 10. 1908.

47) z. B. Regulativ wegen Unterhaltung der durch die Staatswaldungen in der Provinz Westfalen und der Rheinprovinz führenden öffentlichen Wege, mit Ausschluß der ausgebauten Staats- und Bezirksstraßen vom 17. 11. 1841 (Pr. GS., S. 405).

zelnen ist der Umfang der Unterhaltungspflicht verschieden geregelt. Wie ein Blick in die Entscheidungssammlungen der Verwaltungsgerichte zeigt, herrscht über diese Pflicht sehr viel Streit. Die Gemeinden sind auch regelmäßig die Eigentümer der öffentlichen Nebenwege.[50]) Doch kommt es häufig vor, daß das Eigentum einer anderen Körperschaft[51]) oder auch Privatleuten zusteht.[52])

Kommunikationswege sind diejenigen den ländlichen Nachbarortsverkehr vermittelnden Wege, die mangels genügender Breite oder Befestigung der Fahrbahn den an die Landstraßen II. Ordnung zu stellenden Anforderungen nicht genügen. Sie gehen regelmäßig nicht über das Gebiet einer Gemeinde hinaus.

M. E. ist auch bei diesen Wegen dieselbe Gestaltung der Wegeherrschaft wie bei den Landstraßen zu fordern. Die Verkehrsbedeutung der Kommunikationsstraßen ist doch immer noch so groß, daß eine Störung der Wegeverwaltung durch Geltendmachung des Eigentums von seiten eines Privatmannes oder einer eigennützig handelnden Gemeinde von vornherein ausgeschlossen werden muß. Das Interesse des privaten Wegeeigentümers an der ihm bislang zustehenden Baum- und Grasnutzung ist allerdings manchmal nicht gering, wie dies Merzdorf an den in sächsischen Landgemeinden bestehenden Wegeverhältnissen zeigt.[53]) Die von Merzdorf gegen die Übertragung des Wegeeigentums von Privatleuten auf die unterhaltungspflichtigen Gemeinden vorgebrachten Einwände sind jedoch nicht stichhaltig. Er ist der Ansicht, daß die bisherigen Nutzungen den Eigentümern verbleiben müßten, weil diese damit die Steuerlast des Wegegrundstücks[54]) abdecken könnten, und weil die privaten Eigentümer die Gras- und Baumbestände besser bewirtschaften könnten als die Gemeinden. Dazu ist zu sagen, daß mit der Entziehung des Eigentums die bisherigen Wegeeigentümer auch von der Verpflichtung, für das Wegegrundstück Steuern zu zahlen, frei werden, und daß die Gemeinden, da ihnen weit größere Wegestrecken als den bisherigen privaten Eigentümern zur Verfügung stehen, insbesondere die Baumnutzung weit wirtschaftlicher gestalten können als private Eigentümer.[55]) Der im § 67 Abs. 1 Ziffer 3 der Gemeindeordnung

48) Pr. OVG. 95/152 ff.; 99/125 f.

49) Pr. OVG. 96/112 ff.; 100/160 ff. (Bürgersteigobservanz in Berlin); siehe auch Wg.O. f. Westpr. §§ 18, 24, 27, 41 und 42.

50) Vgl. Pr. Fluchtliniengeſ. § 11; Oertel, Städteordnung, S. 207.

51) z. B. dem Reich als Eigentümerin des Reichseisenbahnvermögens.

52) Siehe z. B. Merzdorf, Dt. Verw. 1936/288; Oertel, a. a. O., S. 208; Keil, Landgemeindeordnung, S. 187.

53) a. a. O., S. 288.

54) Um welche Steuern es sich hier handeln soll; ist nicht ohne weiteres klar, da die öffentlichen Wege gemäß § 4 Ziff. 9 a des Grundsteuergesetzes vom 1. 12. 1936 von der Grundsteuer befreit sind.

55) Vgl. Berger, Die Landgemeinde 1935/569 ff.

ausgesprochene Grundsatz steht somit der Übernahme der Kommunikationswege durch die Gemeinden nicht entgegen.

Auch die Anwartschaft auf ein nicht durch den Gemeingebrauch begrenztes Eigentum ist ebenso bedeutungslos wie bei den Wegen höherer Ordnung, denn die Einziehung von Kommunikationswegen ist ebenso unwahrscheinlich wie die Einziehung von Landstraßen. Ein überwiegendes Interesse des privaten Eigentümers an der Beibehaltung des bisherigen Rechtszustandes ist somit zu verneinen. Zur Gewährleistung einer möglichst einfachen und möglichst störungsfreien Wegeverwaltung empfiehlt sich daher, daß das künftige Reichswegegesetz das Eigentum an den Kommunikationswegen gegen Entschädigung der bisherigen Eigentümer auf die unterhaltungspflichtigen Gemeinden überträgt und seine Ausübung der Kontrolle der Wegeaufsichtsbehörde unterstellt.

Die Ortsstraßen vermitteln den Verkehr innerhalb der geschlossenen Ortslage[56]) oder zwischen Ortsteilen, soweit es sich nicht um Ortsdurchfahrten von Reichs- oder Landstraßen handelt.

Gerade bei den Ortsstraßen sind bisher die häufigsten Störungen der Wegeverwaltung durch den Privateigentümer erfolgt. Die oben erwähnten Mängel der doppelten Wegeherrschaft treten gerade hier zutage. Der dichte Verkehr und der häufige Sondergebrauch aller Art erfordern dringend die Vereinheitlichung der Herrschaft über die Ortsstraßen. Die Wegeverwaltungsbehörden, insbesondere die Wegeaufsichtsbehörde, müssen die Möglichkeit haben, allein zu bestimmen, wie weit der Gemeingebrauch reicht und inwieweit ein Sondergebrauch gestattet ist. Damit wird der Streit über die Zulässigkeit von Tankstellen, Straßenverkaufsstellen, Automaten, Lichtreklameanlagen, Vordächern, Erkern, Kellerhälsen usw. endgültig erledigt und ein dem Zwecke der Wege zuwiderlaufender Fiskalismus unterbunden. Das künftige Reichswegegesetz hat daher m. E. anzuordnen, daß auch das Eigentum an den Ortsstraßen, soweit dies den Gemeinden noch nicht zusteht, auf die Gemeinden, die allgemein für unterhaltungspflichtig erklärt werden müssen, übergeht, und daß die Ausübung des Eigentums an den Ortsstraßen der Aufsicht der Wegeaufsichtsbehörde unterliegt.

Ortsstraßen besonderer Art sind die Ortsdurchfahrten der Reichs- und Landstraßen. Das einstweilige Gesetz trifft darüber eine zum Teil recht komplizierte Regelung. Die Durchfahrt durch Gemeinden mit mehr als 6000 Einwohnern ist von der Gemeinde zu unterhalten[57]), und diese ist daher auch Eigentümerin dieser Wegstrecke. Hin-

56) Gesetzliche Definition dieses Begriffes in § 13 der DVO. vom 7. 12. 1934.

57) Gesetz vom 26. 3. 1934, § 2 Abs. 2, DVO. v. 7. 12. 1934 § 16 und § 17; Ausnahmen in § 14 der DVO.

sichtlich der Vereinheitlichung der Wegeherrschaft gilt bei diesen Durchfahrten das zu den Ortsstraßen Gesagte.

Bei den Ortsdurchfahrten durch Gemeinden mit 6000 und weniger Einwohnern unterhält der Baulastträger der Reichs- und Landstraßen nur die Mitte der Fahrbahn in einer Breite von 6 m (je 3 m beiderseits der Straßenmitte). Wenn die Überlandstrecke einer Reichs- oder Landstraße die regelmäßige Fahrbahnbreite von 6 m überschreitet, so kann der Generalinspektor bestimmen, daß der Baulastträger dieser Straßen auch die Durchfahrten durch Gemeinden unter 6000 Einwohern in einer größeren Breite unterhält. Die Straßenbaulast darf in diesen Fällen aber nicht auf eine größere Fahrbahnbreite als die der Außenstrecke ausgedehnt werden. Soweit der Unterhaltungspflichtige der Reichs- oder Landstraße die Baulast nicht trägt, hat die Gemeinde die Ortsdurchfahrt zu unterhalten. Ihre Unterhaltungspflicht erstreckt sich also nur auf die beiderseitigen Straßenränder.[58]) Entsprechend dieser Baulastverteilung ist auch das Eigentum am Grund und Boden dieser Ortsdurchfahrten in drei parallele Streifen aufgeteilt. Dadurch ist wieder eine besondere Art doppelter Wegeherrschaft entstanden, die neue Schwierigkeiten in das Rechtsverhältnis des öffentlichen Weges bringt.

Diese Probleme tauchen vor allem bei den Sondernutzungen einer Straße auf, bei denen ja überhaupt das Wegeeigentum hauptsächlich in Erscheinung tritt. Je nach der Art des Sondergebrauches muß nun der Unternehmer in vielen Fällen mit zwei Eigentümern Wegebenutzungsverträge abschließen. Dies kommt z. B. bei der Anlage von Tankstellen in Betracht, denn die Brennstoffbehälter werden oft über den der Gemeinde gehörigen Straßenrand in die dem Baulastträger der Reichs- oder Landstraße gehörige Fahrbahn hineinreichen. An Stelle des früheren doppelten Vertrages mit dem Wegeeigentümer und dem Wegeunterhaltungspflichtigen ist nun ein doppelter Vertrag mit zwei unterhaltungspflichtigen Eigentümern für den Unternehmer notwendig geworden.

Der Abschluß des zweifachen Vertrages kann auf Schwierigkeiten stoßen, wenn die beiden Eigentümer bzw. Baulastträger ein verschiedenes Interesse an der Gestaltung des Sondergebrauches haben. Dies ist z. B. der Fall, wenn von einer einem Kreis gehörigen Straßenbahn eine Schiene auf dem Baulaststreifen einer Gemeinde und die andere Schiene auf der von der Provinz zu unterhaltenden Fläche liegt. Die Gemeinde wird der Anlage von vornherein geneigter gegenüberstehen als die Provinz, wird aber andererseits das gleiche Entgelt wie die Provinz für die Benutzung haben wollen. Noch schwieriger wird die Lage, wenn in diesem Beispiel die Gemeinde eine Omnibuslinie betreibt, die durch die Konkurrenz der geplanten Straßenbahn bedroht wird. Komplikationen können ferner auch

---

58) Ges. v. 26. 3. 1934 § 2 Abs. 2, DVO. v. 7. 12. 1934 §§ 15, 16 u. 17.

bei dem Erlaß von Vorschriften und Einzelanordnungen des Reichswirtschaftsministers über Zulässigkeit und Bemessung eines Entgelts für die Inanspruchnahme einer Straße durch Versorgungsleitungen entstehen. Da der Reichswirtschaftsminister verschiedene Maßstäbe anzulegen haben wird, je nachdem der Wegeeigentümer das Reich, ein Land, eine Provinz, ein Kreis oder eine Gemeinde ist, wird die Zumessung des Entgeltes schwierig, wenn die Leitung in einer Ortsdurchfahrt den Grund und Boden zweier Eigentümer berührt. Schon allein die praktische Berechnung, in welchem Umfang das einzelne Grundeigentum benutzt wird, ist nicht einfach.

Eine Abgrenzungsfrage kommt auch bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, die sich auf die Verkehrssicherungspflicht des Wegeunterhaltungspflichtigen gründen, in Betracht. Ist der Verletzte auf der Ortsdurchfahrt in der Nähe der Trennungslinie zweier Baulaststreifen zu Schaden gekommen, so wird es häufig streitig werden, wer von beiden Baulastträgern im konkreten Fall haftpflichtig ist. Die Ersatzpflicht gegenüber dem Verletzten läßt sich gemäß § 830 Abs. 1 S. 2 BGB verhältnismäßig einfach feststellen; die Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesamtschuldnern kann aber zu Unzuträglichkeiten führen.

Auch hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für mangelnde Verkehrssicherung[59]) können infolge der derzeitigen Regelung die tatsächlichen Feststellungen erschwert werden.[60])

Durch die streifenmäßige Aufteilung der Ortsdurchfahrt wird auch der Erwerb von Grundstücken beim Neubau einer Durchfahrt erschwert. Gemäß § 20 Abs. 2 der DfVO vom 7. 12. 34 ist das neu hinzukommende Gelände an den Träger der Straßenbaulast aufzulassen. Die zu erwerbenden Grundstücke müssen also zuerst der Verteilung der Baulast entsprechend vermessen und im Grundbuch fortgeschrieben werden, damit die Auflassungen an die beiden Erwerber erfolgen können. Auch das Enteignungsverfahren wird nicht dadurch einfacher, daß zwei verschiedene Unternehmer beteiligt sind.

Neben diesen praktischen Fragen bestehen theoretische Bedenken gegen das doppelte Eigentum am Grund und Boden der Ortsdurchfahrt. M. E. verstößt diese Regelung gegen den in § 93 BGB ausgesprochenen Rechtsgedanken, nach dem wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Sachen im Sinne dieser Vorschrift sind auch die Grundstücke. Der § 93 will die Zerstörung einer Sache durch Abtrennung von Bestandteilen, die mit ihr eine natürliche und wirtschaft-

59) Vgl. dazu Weigelt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für mangelnde Verkehrssicherung auf öffentlichen Wegen, Eisenbahn- u. verkehrsrechtl. Entsch. u. Abhdl. 1935/282 ff.

60) Hofacker, VAE. 1936/241 ff. bringt weitere Beispiele für Komplikationen, die sich aus der heutigen Rechtslage hinsichtlich der Verkehrssicherungspflicht ergeben können.

liche Einheit bilden, verhindern, indem er diese Bestandteile für sonderrechtsunfähig erklärt. Teilflächen eines Grundstücks sind regelmäßig keine wesentlichen Bestandteile, denn in der Regel wird bei Grundstücken die körperliche Absonderung überhaupt erst durch bloße Grenzziehung, die nicht durch die Natur der Sache bedingt ist, bewirkt.[61]) Eine Straße stellt jedoch von vornherein eine Grundstückseinheit dar. Eine flächenmäßige Aufteilung ist dem Wesen der Straße nach nur durch senkrecht zur Mittellinie laufende Grenzlinien möglich. Eine Straße kann nur in den Verkehrsbedürfnissen entsprechende Strecken zerlegt werden. Eine Aufteilung des Straßenkörpers in parallel zur Mitte laufende Streifen, die mit dem Verkehr selbst nichts zu tun haben, widerspricht der Natur des Weges. Von diesem Gedanken geht auch der § 20 Abs. 1 der DsVO vom 7. 12. 34 aus, der bei Verbreiterung einer Straße die hinzu gekommenen seitlichen Streifen nicht im Eigentum eines Dritten lassen will. Straßenflächen, deren Abgrenzung nicht durch den Straßenverkehr bedingt ist, sind daher als wesentliche Bestandteile der Straße anzusehen.[62]) Gegen eine Anwendung des § 93 BGB kann allerdings eingewandt werden, daß die ordnungswidrige Zerstörung einer Straße durch Abtrennung einzelner Grundflächen durch das öffentliche Recht verhindert wird, und daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit ihnen öffentlichrechtliche Bestimmungen entgegenstehen, außer Betracht bleiben. Dies ist grundsätzlich richtig. Mit Rücksicht auf die Einheit der beiden Teile der Rechtsordnung sollte aber nach Möglichkeit vermieden werden, gleichartige Tatbestände nach verschiedenen Grundsätzen zu regeln. Dies gilt insbesondere dann, wenn auch praktische Bedenken gegen diese systematische Unebenheit bestehen.

Da die jetzige Verteilung der Baulast und des Eigentums bei der Ortsdurchfahrt durch Gemeinden unter 6000 Einwohner auch Verwaltungsschwierigkeiten mit sich gebracht hat, ist wohl mit einer anderweitigen Regelung im Reichswegegesetz zu rechnen.[63]) M. E. kann die Unterhaltungspflicht dieser Ortsdurchfahrten entsprechend der Vorschrift über die Baulast für die Ortsumgehungen[64]) geregelt werden. Danach hätte der Baulastträger der Überlandstrecke auch die Ortsdurchfahrten durch Gemeinden unter 6000 Einwohner zu unterhalten; die Gemeinde wäre aber verpflichtet, einen im Einzelfall festzusetzenden Beitrag für die Unterhaltung zu zahlen. Durch eine derartige Bestimmung würde der in der bisherigen Regelung zum Ausdruck kommende Grundsatz, daß kleinere Gemeinden nicht die ganze Baulast der Ortsdurchfahrten tragen sollen, und daß andererseits

61) Vgl. auch § 890 BGB.

62) RG. JW. 1910/813 und Soergel (6. Aufl.) Anm. 2 zu § 93 BGB. halten die Flächenteile der Straßen und Wege für einfache Grundstücksbestandteile. Sie sehen offenbar den Straßenkörper nicht als tatsächliche und rechtliche Einheit an.

63) Vgl. dazu Krumstroh a. a. O., S. 660 f.

64) § 19 DVO vom 7. 12. 1934.

die Unterhaltungspflicht des Baulastträgers der Überlandstrecke durch die größere Breite der Ortsdurchfahrt nicht erweitert werden soll, ebenfalls verwirklicht, und zwar ohne die nachteiligen Folgen des jetzigen Zustandes.

Besonderer Erwähnung bedürfen die Eisenbahnzufahrtswege, soweit sie zum Reichseisenbahnvermögen gehören.[65]) Bei ihnen sind drei verschiedene Arten zu unterscheiden. Einmal handelt es sich um Wege, die nur den Betriebserfordernissen der Reichsbahn dienen und von Dritten nicht benutzt werden dürfen, z. B. Zufahrten zu Waggonschuppen oder Wege zu Stellwerken. Sodann gibt es Zufahrten, die einem beschränkten öffentlichen Verkehr geöffnet sind. Die Reichsbahn duldet auf ihnen nur denjenigen Verkehr, der zur Benutzung der Eisenbahn durch das Publikum und zum An- und Abtransport der Bahnfrachtgüter erforderlich ist. In der Regel hat die Reichsbahn an diesen Wegen Schilder angebracht, auf denen sie ausdrücklich darauf hinweist, daß der Weg nur diesem beschränkten Verkehr dient. Schließlich gibt es zum Reichseisenbahnvermögen gehörige Straßen, die einem unbeschränkten öffentlichen Verkehr gewidmet sind. Es sind dies die Bahnzufahrten, die im Zuge des allgemeinen Durchgangsverkehrs liegen und einen Teil des Ortsstraßennetzes bilden.[66])

Die erstgenannten Zufahrten sind Privatwege, die wie jede anderen Privatwege nur der Verfügungsgewalt des Eigentümers bzw. der Reichsbahn als Verwalterin des Reichseisenbahnvermögens unterliegen. Auch die zweite Art der Zufahrten sind, trotzdem auf ihnen ein öffentlicher Verkehr stattfindet, Privatwege. Sie sind keine beschränkt öffentlichen Wege im Rechtssinne, denn sie sind nicht jedermann für eine bestimmte Verkehrsart geöffnet, sondern sie dienen nur dem Gebrauch durch einen bestimmten Personenkreis, nämlich den Benutzern der Bahnanlage. Bei ihnen hat keine Widmung im Rechtssinne stattgefunden. Die Öffentlichkeit dieser Zufahrtswege beruht lediglich auf einem Akt der Eisenbahnverwaltung. Neben der aus dem Eigentum entspringenden Verfügungsgewalt unterliegen diese Wege, ebenso wie die erstgenannten Zufahrten, auch noch der Verkehrshoheit der deutschen Reichsbahn als Reichsbehörde, denn diese Wege sind Zubehör der Eisenbahnanlagen. Für die Überwachung des beschränkten öffentlichen Verkehrs ist daher nicht die allgemeine Polizei sondern die Bahnpolizei zuständig.

Die Bahnhofzufahrten, die einem unbeschränkt öffentlichen Verkehr dienen, sind öffentliche Wege. Bei ihnen hat eine Widmung stattgefunden. Sie unterliegen der Verkehrshoheit der allgemeinen Verwaltung und nicht

---

65) Vgl. dazu: Reichsbahngesetz v. 13. 3. 1930 und Gesetz zur Neuregelung der Verhältnisse der Reichsbank und der Deutschen Reichsbahn v. 10. 2. 1937; ferner: Germershausen a. a. O., S. 357 ff.; Kittel-Nawiasky, Die Reichsbahn im öffentlichen Recht, insbes. S. 56 ff.

66) Vgl. OVG. 99/116 ff.

der Hoheit der Reichsbahn. Sie dienen den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen und sind nicht Bestandteil der Bahnanlage. Die Reichsbahn hat hier nur dieselbe Stellung, die jeder andere Wegeeigentümer auch hat. Durch die Widmung hat die Bahnzufahrt, falls sie vorher als Privatweg der Reichsbahn bestanden hat, ihre Bahnzubehöreigenschaft verloren. Die Baulast trägt im Regelfalle die Gemeinde, zu deren Straßennetz die Zufahrt gehört.

Bei den unbeschränkt öffentlichen Bahnhofszufahrten besteht das Problem der Vereinheitlichung der Wegeherrschaft ebenso wie bei den anderen öffentlichen Wegen. M. E. ist diese Frage hier ebenso wie bei den Ortsstraßen zu lösen, denn diese Zufahrten sind nur eine besondere Art der Ortsstraßen. Bei den öffentlichen Bahnzufahrten ist der Konfliktstoff zwischen Eigentümer und Wegeverwaltung noch größer als bei den gewöhnlichen Ortsstraßen, denn hier spielt der Streit um die Parkplätze der Kraftwagen, insbesondere der mit den Omnibussen der Reichsbahn im Wettbewerb stehenden Wagen, eine große Rolle. Zur störungsfreien Wegeverwaltung ist es daher erforderlich, daß das künftige Reichswegegesetz das Eigentum an den öffentlichen Bahnhofszufahrten auf die unterhaltungspflichtige Gemeinde überträgt[67]) und damit seine Ausübung unter die Kontrolle der Wegeaufsichtsbehörde bringt.

Bei den öffentlichen Feld- und Waldwegen, Wanderwegen und ähnlichen Nebenwegen[68]) ist die Enteignung des bisherigen Eigentümers mit Rücksicht auf dessen Interessen nicht tunlich und auch zur ordnungsgemäßen Verwaltung dieser Wege nicht erforderlich.

Die Verkehrsbedeutung dieser Nebenwege ist gering. Sie sind dementsprechend nur wenig oder gar nicht befestigt. Deswegen kommen Einziehungen oder Verlegungen häufiger vor, vor allem auch mit Rücksicht auf Änderungen in der Bewirtschaftung der anliegenden Grundstücke, z. B. Aufforstung, Rodung oder Umwandlung in Weideland[69]), oder auch mit Rücksicht auf Umlegungen.

Die Anwartschaft des Wegeeigentümers auf ein nicht durch den Gemeingebrauch begrenztes Eigentum hat daher hier eine praktische Bedeutung. Vor allem die Eigentümer großer landwirtschaftlicher Güter und Waldgüter können bei ihren Bewirtschaftungsplänen noch mit derartigen Wegegrundstücken rechnen. Auch für die Erbhöfe spielt das Eigentum an Nebenwegen eine praktische Rolle. Da diese Höfe als Familienerbe bis in

---

67) Dies ist zum Teil auch schon geschehen; so z. B. in einem Vertrag zwischen dem preußischen Eisenbahnfiskus und der Stadt Frankfurt a. M. vom 14./19. 9. 1891.

68) Vgl. Pr. G. zur Erhaltung des Baumbestandes und Erhaltung und Freigabe von Uferwegen im Interesse der Volksgesundheit vom 29. 7. 1922 (GS. S. 213 ff.).

69) Vgl. Urteil d. Württ. Verw. Gerichtshofes v. 8. 11. 1933 in Württ. Zeitschr. f. Verw. u. Verwaltungsrechtspflege 1935/104 f.

die entferntesten Generationen in ihrem Besitzstand erhalten bleiben sollen, spielt die für eine oder mehrere Generationen bestehende Unmöglichkeit, den Grund und Boden eines Nebenweges im eigenen Interesse zu nutzen, eine verhältnismäßig geringe Rolle. Zuweilen geht auch ein öffentlicher Nebenweg mitten durch eine landwirtschaftliche Hofstelle hindurch. Auch hier hat der Eigentümer ein besonderes Interesse daran, daß ihm das Wegeeigentum verbleibt, denn bei einem Umbau des Hofes mit gleichzeitiger Anlegung einer neuen Wegstrecke wird die Wegeverwaltungsbehörde regelmäßig mit der Entwidmung des durch den Hof gehenden Wegestückes einverstanden sein.

Diesen Interessen der Eigentümer der Nebenwege steht kein überwiegendes Verwaltungsinteresse gegenüber. Die der Wegeaufsichtsbehörde bislang zustehenden Befugnisse genügen, um eine ordnungsgemäße Verwaltung dieser Wege zu gewährleisten. Die bei den Wegen höherer Ordnung erörterten Konflikte können hier kaum vorkommen.[70]) Sondernutzungen, die im allgemeinen Interesse liegen, kommen für die Nebenwege regelmäßig nicht in Betracht, so daß der Eigentümer hier selten seine Rechtsstellung störend geltend machen kann.

Bei den öffentlichen Nebenwegen führt in der Praxis nur die Unterhaltungspflicht zu Schwierigkeiten. Die Vereinigung der Wegeherrschaft in der Hand der Gemeinde würde voraussetzen, daß die Gemeinden für alle öffentlichen Nebenwege unterhaltungspflichtig gemacht würden. Ob eine derartige allgemeine Regelung getroffen werden kann, erscheint fraglich, denn hier spielen die örtlichen Verhältnisse eine entscheidende Rolle.

Die Übertragung des Eigentums aller öffentlichen Nebenwege auf die Gemeinde würde außerdem auch nicht im Interesse der Gemeinden liegen. Die Entschädigung der bisherigen Eigentümer würde eine große Belastung für die Gemeinden darstellen, ohne daß sie dafür einen Ausgleich erlangten, denn die Nebenwege stellen wegen der geringen Möglichkeit von Sondernutzungen für die Gemeinden kaum einen wirtschaftlichen Wert dar. Ein Eingriff in die bestehenden Eigentumsverhältnisse der öffentlichen Nebenwege erscheint daher auch aus diesem Grunde nicht zweckmäßig.

---

70) In der in der Württ. Zeitschr. f. Verw. und Verwaltungsrechtspflege 1934/7 ff. abgedruckten Entscheidung des Württ. Verw. Gerichtshofes hat m. E. die Verwaltungsbehörde ihre Befugnisse dem Eigentümer gegenüber überschritten.

Schrifttum.

Albrecht: Besprechung von Maurenbrechers Staatsrecht in den Göttingischen gelehrten Anzeigen 1837, S. 1489 ff.

Almsick, van: Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs. Diss. Münster 1928.

v. Amira: Grundriß des germanischen Rechts. Straßburg 1913.

Arndts, Ritter von Arnesberg: Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl. Stuttgart 1874.

Bechmann: Exercitatio Juridica de iure viarum. Halle und Magdeburg 1730.

Becker: System des heutigen Pandektenrechts, 1. Bd. Weimar 1886.

Bergius-Beckmann: Sammlung auserlesener teutscher Landesgesetze, die das Polizey- und Cameralwesen zum Gegenstand haben. Frankfurt a. M. 1781 ff.

Besold: Opus politicum. Editio nova, Argentorati 1626.

Biermann: Die öffentlichen Sachen. Gießener Festschrift 1905.

Birk: Die Straße. Karlsbad 1934.

Blomeyer: Hat der Bauer Eigentum am Erbhof? Festschrift für R. Hübner. Jena 1935, S. 92 ff.

Borcholten: Commentaria in consuetudines feudorum. Helmstedt 1596.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Band I und III. Erlangen 1873 u. 1886.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. I. Band, 2. Aufl. 1906, II. Band bearbeitet 1928 von v. Schwerin.

Busse: Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung. Berlin 1936.

Burghart, Heinrich: Öffentliche Privatwege in Bayern. Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht 71/265 ff.

Cocceji, Henr.: Juris publici prudentia Compendio exhibita. Frankfurt/Oder 1700.

Dassel, v.: Das Wegegelände und sein Recht. FiZtschr. Bd. 76, S. 1 ff. 1938.

Dernburg: Pandekten. 1. Band Berlin 1884.

— König Friedrich Wilhelm und Suarez, Universitätsrede. Berlin 1885.

Eckardt: Das Studium der Rechtswissenschaft. Hamburg 1935.

Ecker, Fritz: Rheinisches Wegerecht. Berlin 1906.

Eichhorn: Einleitung in das deutsche Privatrecht. 2. Ausgabe, Göttingen 1825.

Eisele: über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht. Basel 1873.

Einsiedel, Conrad v. et Carpzow, Conrad et Benedict: Tractatus duo de regalibus, Halle 1678.

Erhard, Christian Daniel: Versuch einer Kritik des Allg. Gesetzbuches f. d. Preuß. Staaten. I. Teil I. Bd. Dresden u. Leipzig 1792.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band I, 13. Bearbeitung. Marburg 1931.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.

— über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. Tübingen 1906.

Frank (Herausgeber): Deutsches Verwaltungsrecht. München 1937.

Frauendorfer: Volk und Staat. Die Handelshochschule 2. Aufl. Band I, Kap. 2.
Fricker: Gebiet und Gebietshoheit. Tübingen 1901; Anhang: Vom Staatsgebiet. Tübingen 1867.
Fritsch: Tractatus iuridico-politicus de Regali viarum publicarum iure. Jena 1662.
von Gerber: Grundzüge des Staatsrechts. 3. Aufl. Leipzig 1880.
Gerber, Karl Friedrich: System des deutschen Privatrechts. 4. Aufl. Jena 1853.
Germershausen/Seydel: Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen. I. Bd. 4. Aufl. Berlin 1932.
v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. II. Band Sachenrecht. Leipzig 1905.
— Das deutsche Genossenschaftsrecht. III. Band Berlin 1881; IV. Band Berlin 1913.
— Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Breslau 1880.
Grotius: De iure belli ac pacis, Libri tres et Dissertatio de Mari libero. Amstelodami 1670.
Guba, Paul: Die öffentlichen Grundlagen des Wegerechts. Leipz. Diss. 1917.
Hamel: Das Wesen des Staatsgebietes. Öffentl. rechtl. Abhandl. Berlin 1933.
Hatschek: Die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB. Berlin 1899.
Henke, Müller, Rumpf: Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland. Berlin 1930.
Henrich: Theorie des Staatsgebietes. Wien und Leipzig 1922.
Höhn: Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson. Berlin 1935.
— Die Wandlung des staatsrechtlichen Denkens. Hamburg 1934.
His, Eduard: Eine historische Staatsteilung. S. 75 ff. der Festgabe für Fritz Fleiner, Tüb. 1927.
Holstein: Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung. Öffentl. rechtl. Abhandlung. 3. Heft 1921.
Huber: Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. Berlin 1935.
— Die deutsche Staatswissenschaft. Z. f. d. ges. St.W. Bd. 95.
— Die Rechtsstellung des Volksgenossen. Erläutert am Beispiel der Eigentumsordnung. Z. f. d. ges. St.W. Bd. 96 S. 438.
— Volk und Wirtschaft. Die Handelshochschule 2. Aufl. Bd. I.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Aufl. Leipzig 1930.
Hufeland: Einleitung in die Wissenschaft des heutigen deutschen Privatrechts. Jena 1796.
Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. Berlin 1929.
— System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905.
Jerusalem: Der Staat. Jena 1935.
Jhering, von: Vermischte Schriften juristischen Inhalts, drei Rechtsgutachten. Leipzig 1879.
Keller, von: Pandekten. 1. Aufl. Leipzig 1861.
Keil: Die Landgemeindeordnung vom 3. 7. 1871. Freiburg und Leipzig 1896.
Kittel-Nawiasky: Die Reichsbahn im öffentlichen Recht. Berlin 1932.
Koch: Komm. zum Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten. Berlin 1856 ff.
— Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts. 2. Aufl. Berlin 1851 u. 1852.
Koellreuter: Grundriß der Allgemeinen Staatslehre. Tübingen 1933.
v. Köhler, Ludwig: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart und Berlin 1935.

Köttgen: Deutsche Verwaltung. Mannheim, Berlin und Leipzig 1936.
— Öffentliches Sachenrecht. Frank a. a. O., S. 433 ff.
Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 5. Aufl. Tübingen 1911 ff.
Laforet, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937.
Lassar: Grundbegriffe des preußischen Wegerechts. Berlin 1919.
Larenz: Die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung. Handbuch der Philosophie Band IV.
Leyser: Meditationes ad Pandectas. Vol. I, Lipsiae et Guelfenbuytl Editio, 3. 1741.
List: Verwaltungsrecht technischer Betriebe. Berlin 1937.
— Energierecht. Berlin 1938.
Loomann: Die Rechtsverhältnisse öffentlicher Straßen in Preußen. Diss. Hannover 1916.
Mahler, Gerhard: Die Gemeindewege als öffentliche Sachen. Diss. Leipzig 1934.
Mannkopf: Komm. zum Pr. ALR. I. Band. Berlin 1873.
Maunz: Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts. München, Berlin und Leipzig 1933.
— Die Stellung des Staates im rechtlichen Verfahren. Ann. d. dt. Rechts 1923/25 S. 341 ff.
— Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts. Hamburg 1934.
— Verwaltung. Hamburg 1937.
Maurenbrecher: Lehrbuch des gesamten heutigen gemeinen Privatrechts. Bonn 1840.
v. Maurer, Georg Ludwig: Geschichte der Städteverfassung in Deutschland. II. Bd. 1870, IV. Band 1871.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Aufl. 1914 u. 1917; 3. Aufl. 1924.
— Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums. Arch. ö. R. Band 21 S. 499 ff.
Mittermayer: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Landshut 1830.
v. Mohl: Enzyklopädie der Staatswissenschaften 2. Aufl. Tübingen 1872.
Moll: Zur Lehre von den öffentlichen Sachen. Gruchot Jahrg. 54.
Moser: Von der Landeshoheit in Polizey-Sachen; Von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers; Von der Landeshoheit in Ansehung der untertanen Personen und Vermögens. Frankfurt und Leipzig 1773.
Müller, Hans: Die Rechtslage der Fernleitungen auf öffentlichen Wegen. Berlin 1930.
Oertel, O.: Die Städteordnung vom 30. 5. 1853. 7. Aufl., bearbeitet von A. Oehler. Liegnitz 1931.
Obrecht, Georg: Fünf unterschiedliche Secreta Politica von Anstellung, Erhaltung und Vermehrung guter Polizey und von billiger, rechtmäßiger und nothwendiger Erhöhung eines jeden Regenten Jährlichen Gefällen und Einkommen. Straßburg 1644.
Ruck, Erwin: Das Eigentum im Schweizerischen Verwaltungsrecht, S. 16 ff. der Festgabe für Paul Speiser. Basel 1926,
Posse: über das Staatseigentum in den deutschen Reichslanden und das Staatsrepräsentationsrecht der deutschen Landstände. Rostock und Leipzig 1794.
Puchta: Pandekten. 12. Bearb. von Schirmer. Leipzig 1877.
Pütter: Elementa iuris publici Germanici. Göttingen 1766.
— Kurzer Begriff des Teutschen Staatsrechts. Göttingen 1768.
Radbruch: Rechtsphilosophie. 3. Aufl. Leipzig 1932.
Rausnitz: Das Recht an den öffentlichen Flüssen nach dem pr. ALR. Gruchot, Jahrgang 39.

Regelsberger: Pandekten. I. Band. Leipzig 1893.
v. Repgow, Eike: Der Sachsenspiegel. M. G. h. V. Hannover 1933.
Rietschel: Markt und Stadt in ihrem rechtlichen Verhältnis. Leipzig 1897.
Rosenthalius: Synopsis totius iuris feudalis. 1588.
Runde: Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts. Göttingen 1791.
Sarter-Kittel: Die deutsche Reichsbahngesellschaft. Berlin 1931.
Schmitt, Carl: Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Hamburg 1934.
— über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg 1934.
Schröder-v. Künsberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Aufl. Berlin u. Leipzig 1932.
Schwab: Die Konflikte der Wasserfahrt auf den Flüssen. Archiv. f. ziv. Praxis Band 30, Beiheft.
v. Selchow: Elementa iuris germanici privati hodierni. Edit. 7. Göttingen 1787.
Speckhard, Hugo: Zur Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft. Berlin 1920.
Stephani, Matth.: Discursus Academici ex iure publico. Rostock 1624/25.
v. Stein, Lorenz: Die Verwaltungslehre. 7. Teil. Stuttgart 1868.
Steudel: Eigentum im „öffentlichen Eigentum". Diss. Marburg 1934.
Striethorst: Rechtsgrundsätze der neuesten Entscheidungen des Königlichen Obertribunals. 7 Bände. Berlin 1855 ff.
Struben: Rechtliche Bedenken Teil 1—5. Darmstadt 1788.
Tengler, Ulrich: Laienspiegel. Straßburg 1518.
Trautmann: Das Eigentum an öffentlichen Flüssen im Gebiete des ALR. Gruchot Jahrgang 48.
Waitz: Deutsche Verfassungsgeschichte. Bd. I 3. Aufl., Bd. IV 2. Aufl. Berlin 1885.
Walz: Vom Wesen des öffentlichen Rechts. Tüb. Abhandl. z. öffentl. Recht 15. Heft 1928.
Wappäus: Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. Göttingen 1867.
Weber-Wieacker: Eigentum und Enteignung. Hamburg 1935.
Wieacker: Wandlungen der Eigentumsverfassung. Hamburg 1935.
— Eigentum und Eigen. Deutsches Recht 1935 S. 496 ff.
— Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts. Deutsche Rechtswissenschaft 1. Heft 1937.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl. 1879 9. Aufl. bearb. von Kipp. Frankfurt a. M. 1906.
Klagspiegel, bearb. von Dr. Sebastian Brand. Straßburg 1521.
Monumenta Germaniae historica, Legum Sectio IV Tomus I u. II. Hannover 1896.
Der Rechtsstreit über die Baseler Festungswerke. Herausgegeben auf Anordnung der h. Regierung des Kantons Basel-Stadt. Basel 1862.

Soweit in Zeitschriften erschienene Aufsätze und kleinere Abhandlungen benutzt wurden, ist dies an den betreffenden Stellen im Text vermerkt.

Lebenslauf.

Ich wurde am 17. 2. 1911 als Sohn des im Kriege gefallenen Bäckermeisters Ludwig Abresch und seiner Ehefrau Emma geb. Forneberg zu Wissen (Sieg) geboren. Nach der Volksschulzeit besuchte ich das Realgymnasium zu Betzdorf, wo ich im März 1930 die Reifeprüfung bestand. Dann studierte ich an der Universität zu Bonn Philologie. Nach meinem vierten Semester wandte ich mich der Rechtswissenschaft zu, die ich an den Universitäten Bonn, München, Marburg und Frankfurt a. M. studierte. Zwischendurch — vom 1. 4. 1934 bis zum 12. 10. 1935 — diente ich als Freiwilliger bei dem Inf.-Regt. 15 in Marburg. Am 19. 12. 1936 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht zu Frankfurt a. M. Seit dem 1. 5. 1937 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.

Lebenslauf.

Ich wurde am 17. 2. 1911 als Sohn des im Kriege gefallenen Bäckermeisters Ludwig Albrecht und seiner Ehefrau Emma geb. [illegible] zu [illegible] geboren. Nach dem Besuch der [illegible] besuchte ich das Realgymnasium in [illegible] und [illegible] im Herbst 1930 die Reifeprüfung bestand. [illegible] Semester studierte ich [illegible] an den Universitäten Bonn, München, Würzburg und Frankfurt a. M. [illegible] — vom 1. 4. 1934 bis zum 12. 10. 1937 — [illegible] bei [illegible] in Würzburg. Am [illegible] 12. 1938 bestand ich die [illegible] in Würzburg a. M. Seit dem 1. [illegible] 1937 befinde ich mich im [illegible].